

المُتَّقِنُ

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسيّ

٥٤١ - ٥٦٢٠ هـ

و :

الشرح الكبير

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ

٥٩٧ - ٦٨٢ هـ

ومعهما :

الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرزداويّ

٨١٧ - ٨٨٥ هـ

تحقيق

الدكتور عبد بن عبد المحسن التركي

الجزء العشرون

النكاح

أركانها - المحرمات في النكاح - الشروط في النكاح

هجر

للطابع والنشر والنويع والاعلان

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤١٦ هـ = ١٩٩٦ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٦ ، ٢ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة

يـوزع

عـلى نفقة

خادم الحرمين الشريفين

الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود

خدمة للعلم وطلابه

أجزل الله مثوبته .. ودفعه لرضائه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ النِّكَاحِ

المقنع

.....

الشرح الكبير

كِتَابُ النِّكَاحِ

النِّكَاحُ فِي الشَّرْعِ عَقْدُ التَّزْوِيجِ ، فَعِنْدَ إِطْلَاقِ لَفْظِهِ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ ، مَا لَمْ يَصْرِفْهُ عَنْهُ دَلِيلٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : الْأَشْبَهُ بِأَصْلِنَا أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَمِيعًا ؛ لَقَوْلِنَا ^(١) بِتَحْرِيمِ مَوْطُوءَةِ الْأَبِ مِنْ غَيْرِ تَزْوِيجٍ . اسْتِدْلَالًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ نِسَاءِ ﴾ ^(٢) . وَقِيلَ : بَلْ هُوَ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ ، مَجَازٌ فِي الْعَقْدِ ، تَقُولُ الْعَرَبُ : أَنْكَحْنَا الْفِرَا ، فَسَنَرَى . أَيْ أَضْرَبْنَا فَحَلَ حُمُرِ الْوَحْشِ

الإنصاف

كِتَابُ النِّكَاحِ [١/٣ ظ]

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، النِّكَاحُ لَهُ مَعْنَيَانِ ؛ مَعْنَى فِي اللَّغَةِ ، وَمَعْنَى فِي الشَّرْعِ . فَمَعْنَاهُ فِي اللَّغَةِ ، الْوَطْءُ . قَالَ الْأَزْهَرِيُّ ^(٣) . وَقِيلَ لِلتَّزْوِيجِ : نِكَاحٌ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُ الْوَطْءِ . قَالَ أَبُو عُمَرَ غُلَامٌ ثَعْلَبٍ ^(٤) : الَّذِي حَصَلَتْ لَهُ عَنْ ثَعْلَبٍ عَنِ الْكُوفِيِّينَ ، وَالْمُبَرِّدِ عَنِ الْبَصْرِيِّينَ ، أَنَّ النِّكَاحَ فِي أَصْلِ اللَّغَةِ هُوَ اسْمٌ لِلْجَمْعِ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ ، قَالَ الشَّاعِرُ ^(٥) :

(١) فِي الْأَصْلِ : « كَقَوْلِنَا » .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٢ .

(٣) فِي تَهْذِيبِ اللَّغَةِ ١٠٣/٤ .

(٤) فِي الْأَصُولِ ، ١ : « أَبُو عَمْرٍو » . خَطَأً : وَهُوَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ أَبِي هَاشِمٍ الْبَغْدَادِيُّ ، الزَّاهِدُ ، أَبُو عَمْرٍو ، الْمَعْرُوفُ بِغُلَامِ ثَعْلَبٍ . إِمَامٌ عَلَامَةٌ لُغَوِيٌّ حَدَّثَ . تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ وَثَلَاثُمِائَةٍ . سِيرُ أَعْلَامِ النَّبَلَاءِ ٥٠٨/١٥ - ٥١٣ .

(٥) الْبَيْتُ لِعَمْرِ بْنِ أَبِي رَيْعَةَ فِي شَرْحِ دِيْوَانِهِ ٥٠٣ .

الشرح الكبير أمه^(١) ، فسنرى ما يتولد منهما^(٢) . يُضْرَبُ مَثَلًا لِلْأَمْرِ يَجْتَمِعُونَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يَتَفَرَّقُونَ عَنْهُ^(٣) . قال الشاعر : [٧٧/٦]

وَمِنْ أَيْمٍ قَدْ أَنْكَحْتَنَا رِمَاحُنَا^(٤) وَأُخْرَى عَلَى خَالٍ وَعَمٍّ تَلَهْفُ
قال شيخنا^(٥) : وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ؛ لِأَنَّ الْأَشْهَرَ اسْتِعْمَالُ لَفْظَةِ
النِّكَاحِ بِإِزَاءِ الْعَقْدِ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَلِسَانِ أَهْلِ الْعُرْفِ . وَقَدْ قِيلَ :
لَيْسَ فِي الْكِتَابِ لَفْظُ نِكَاحٍ بِمَعْنَى الْوَطْءِ إِلَّا قَوْلُهُ : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا
غَيْرَهُ ﴾^(٦) . وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ نَفْيُهُ عَنِ الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَالُ : هَذَا سِفَاحٌ وَلَيْسَ

الإنصاف

أَيُّهَا الْمُنْكِحُ الثَّرِيًّا سُهَيْلًا عَمَرَكَ اللَّهُ ، كَيْفَ يَجْتَمِعَانِ ؟

وقال الجوهري^(٧) : النِّكَاحُ الْوَطْءُ ، وَقَدْ يَكُونُ الْعَقْدُ . وَنَكَحْتُهَا وَنَكَحَتْ هِيَ
أَيُّ تَزَوَّجَتْ . وَعَنِ الرَّجَّاجِ^(٨) : النِّكَاحُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ بِمَعْنَى الْوَطْءِ وَالْعَقْدِ
جَمِيعًا . وَمَوْضِعُ نِكَاحٍ فِي كَلَامِهِمْ ؛ لَزَوْمِ الشَّيْءِ الشَّيْءَ رَاكِبًا عَلَيْهِ . قَالَ ابْنُ
جَنِّي^(٩) : سَأَلْتُ أَبَا عَلِيٍّ الْفَارِسِيَّ عَنْ قَوْلِهِمْ : نَكَحَهَا . فَقَالَ : فَرَّقَتِ الْعَرَبُ فَرْقًا

(١) في الأصل : « أمته » .

(٢) في الأصل : « منها » .

(٣) جمع الأمثال ٣/٣٧٦ .

(٤) في م : « رماحها » .

(٥) في : المغني ٩/٣٣٩ .

(٦) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٧) في الصحاح : ١/٤١٣ .

(٨) هو إبراهيم بن محمد بن السري البغدادي ، الزجاج ، أبو إسحاق ، الإمام النحوي العلامة ، صاحب كتاب « معاني القرآن » . توفي سنة إحدى عشرة وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء ١٤/٣٦٠ .

(٩) هو عثمان بن جني الموصل ، أبو الفتح ، إمام العربية ، وصاحب التصانيف منها « الخصائص » ، و « المحتسب في الشواذ » . توفي سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء ١٧/١٧ - ١٩ .

يُنْكَاحُ . وَيُرَوَّى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « وَلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ » ^(١) . وَيُقَالُ عَنِ السُّرِّيَّةِ : لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ وَلَا مَنْكُوحَةٍ . وَلَأَنَّ النِّكَاحَ أَحَدُ اللَّفْظَيْنِ اللَّذَيْنِ يَنْعَقِدُ بِهِمَا عَقْدُ النِّكَاحِ ، فَكَانَ حَقِيقَةً فِيهِ ، كَالْلَّفْظِ الْآخَرِ . وَمَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي يُفَضِّلُ إِلَى كَوْنِ اللَّفْظِ مُشْتَرَكًا ، وَهُوَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، وَمَا ذَكَرَهُ الْآخَرُونَ يَدُلُّ عَلَى الِاسْتِعْمَالِ فِي الْجُمْلَةِ ، وَالِاسْتِعْمَالُ فِيمَا قُلْنَا أَكْثَرُ وَأَشْهَرُ ، ثُمَّ لَوْ قُدِّرَ كَوْنُهُ مَجَازًا فِي الْعَقْدِ ، لَكَانَ اسْمًا عُرفيًا يَجِبُ صَرْفُ اللَّفْظِ إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ ؛ لِشَهْرَتِهِ ، كَسَائِرِ الْأَسْمَاءِ الْعُرفِيَّةِ .

لَطِيفًا يُعْرِفُ بِهِ مَوْضِعَ الْعَقْدِ مِنَ الْوَطْءِ ؛ فَإِذَا قَالُوا : نَكَحَ فُلَانَةً . أَوْ : بَنَتْ فُلَانٍ . أَرَادُوا تَزْوِيجَهَا وَالْعَقْدَ عَلَيْهَا ، وَإِذَا قَالُوا : نَكَحَ امْرَأَتَهُ . لَمْ يُرِيدُوا إِلَّا الْمُجَامَعَةَ ؛ لِأَنَّ بَذْكَرَ امْرَأَتِهِ وَزَوْجَتِهِ يُسْتَعْنَى عَنِ الْعَقْدِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : فَظَاهِرُهُ الْأَشْتِرَاكُ ، كَالَّذِي قَبْلَهُ وَأَنَّ الْقَرِينَةَ تُعْنَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : مَعْنَاهُ فِي اللَّغَةِ ، الْجَمْعُ وَالضَّمُّ عَلَى أَتَمِّ الْوُجُوهِ ؛ فَإِنْ كَانَ اجْتِمَاعًا بِالْأَبْدَانِ ، فَهُوَ الْإِيلَاجُ الَّذِي لَيْسَ بَعْدَهُ غَايَةٌ فِي اجْتِمَاعِ الْبَدَنَيْنِ . وَإِنْ كَانَ اجْتِمَاعًا بِالْعُقُودِ ، فَهُوَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا عَلَى الدَّوَامِ وَاللُّزُومِ . وَلِهَذَا يُقَالُ : اسْتَنْكَحَهُ الْمَذْيُ . إِذَا لَازَمَهُ وَدَاوَمَهُ . انْتَهَى . وَمَعْنَاهُ فِي الشَّرْعِ ، عَقْدُ التَّزْوِيجِ . فَهُوَ حَقِيقَةٌ فِي الْعَقْدِ مَجَازًا فِي الْوَطْءِ . عَلَى الصَّحِيحِ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَالْقَاضِي فِي « التَّلْعِيقِ » . فِي كَوْنِ الْمُحْرَمِ لَا يَنْكِحُ - لَمَّا قِيلَ لَهُ : إِنَّ النِّكَاحَ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ . فَقَالَ : إِنَّ

(١) أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ١٩٠/٧ . وعزاه الهيثمي إلى الطبراني في الأوسط . مجمع الزوائد

فصل : والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقولُه تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(١) . وقولُه : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ ^(٢) . وأما السنة فقولُ النبي ﷺ : « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ

كان في اللُّعَةِ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ فَهُوَ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ لِلْعَقْدِ - قَالَ الزَّرْكَشِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ الْحَلَوَانِيُّ ، وَأَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْحَلَوَانِيُّ : هُوَ فِي الشَّرِيعَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْعَقْدِ بِأَوْصَافِهِ ، وَفِي اللَّعَةِ عِبَارَةٌ عَنِ الْجَمْعِ ؛ وَهُوَ الْوَطْءُ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : الصَّحِيحُ أَنَّهُ مُوَضَّعٌ لِلْجَمْعِ ، وَهُوَ فِي الشَّرِيعَةِ فِي الْعَقْدِ أَظْهَرُ اسْتِكْمَالًا ، وَلَا نَقُولُ : إِنَّهُ مَثْقُولٌ . نَقَلَهُ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ فِي تَغْلِيْقِهِ عَلَى « الْمُحَرَّرِ » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » ، وَصَاحِبُ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَشْهَرُ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، وَلَيْسَ فِي الْكِتَابِ لَفْظُ النِّكَاحِ بِمَعْنَى الْوَطْءِ ، إِلَّا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(٣) . عَلَى الْمَشْهُورِ . وَلِصِحَّةِ نَفْيِهِ عَنِ الْوَطْءِ ؛ فَيُقَالُ : هَذَا سِفَاحٌ وَلَيْسَ بِنِكَاحٍ . وَصِحَّةُ الثَّقَفِيِّ ذَلِيلُ الْمَجَازِ . وَقِيلَ : هُوَ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ ، مَجَازٌ فِي الْعَقْدِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « أَحْكَامِ الْقُرْآنِ » ، وَ « شَرْحِ الْخِرَقِيِّ » ، وَ « الْعُدَّةِ » ^(٤) ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، وَصَاحِبُ « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » ، وَأَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ . قَالَ

(١) سورة النساء ٣ .

(٢) سورة النور ٣٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٤) في الأصل ، ١ : « العدة » .

«فعلية بالصَّومِ ، فَإِنَّهُ^(١) لَهُ وَجَاءٌ» . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وقال عليه السَّلامُ : الشرح الكبير
«إِنِّي أَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»^(٣) . وقال

الزُّرْكَشِيُّ ، وابنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ ، لِمَا تَقَدَّمَ عَنِ الْأَزْهَرِيِّ وَغُلَامِ ثَعْلَبٍ .
وَالْأَصْلُ عَدَمُ الثَّقَلِ . قال أبو الخَطَّابِ : وَتَحْرِيمُ مَنْ عَقَدَ عَلَيْهَا الْأَبُ اسْتِفْذَنَاهُ
مِنَ الْإِجْمَاعِ وَالسُّنَّةِ ، وَهُوَ بِالْإِجْمَاعِ الْقَطْعِيُّ فِي الْجُمْلَةِ . وَقِيلَ : هُوَ مُشْتَرَكٌ .
يَعْنِي أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَانْفِرَادِهِ . وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ . قال في «الفروع» :
وَالْأَشْهَرُ أَنَّهُ مُشْتَرَكٌ . قال القاضي في «المُجَرَّدِ» : قاله الزُّرْكَشِيُّ ، و«الجامع
الكبير» . قال ابنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ : الْأَشْبَهُ بِأُصُولِنَا وَمَذْهَبِنَا أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْعَقْدِ
وَالْوُطْءِ جَمِيعًا فِي الشَّرِيعَةِ ؛ لَقَوْلِنَا بِتَحْرِيمِ مَوْطُوءَةِ الْأَبِ مِنْ غَيْرِ تَزْوِيجٍ ؛ لَدُخُولِهَا

(١-١) في الأصل : «فليصم فإن الصوم» .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة ، من كتاب الصوم ، وفي : باب قول النبي ﷺ :
من استطاع منكم الباءة فليتزوج ... ، وباب من لم يستطع الباءة فليصم ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري
٣ / ٣٤ ، ٣ / ٧ . ومسلم ، في : باب استحباب النكاح لمن طاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح
مسلم ٢ / ١٠١٨ ، ١٠١٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب التحريض على النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٢ . والنسائي ،
في : باب ذكر الاختلاف على محمد بن أبي يعقوب ... ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤ / ١٤١ . وابن ماجه ، في :
باب ما جاء في فضل النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٢ . والدارمي ، في : باب من كان عنده
طول فليتزوج ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٧٨ ، ٤٢٤ ،
٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٤٧ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب الترغيب في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢ / ٧ . ومسلم ،
في : باب استحباب النكاح لمن طاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ . والنسائي ،
في : باب النبي عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٠ . والدارمي ، في : باب النبي عن التبتل ، من
كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٥٨ ، ٢٤١ / ٣ ، ٢٥٩ ، ٢٨٥ ،
٤٠٩ / ٥ .

سعد : رَدَّ رسولُ الله ﷺ على عثمان بن مظعون التَّبَتُّلَ ، ولو أُذِنَ له لاخْتِصَانًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَالتَّبَتُّلُ تَرْكُ النِّكَاحِ . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ مَشْرُوعٌ .

الشرح الكبير

فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(٢) . وَذَلِكَ لَوُرُودِهَا فِي الْكِتَابِ الْعَزِيزِ . وَالْأَصْلُ فِي الْإِطْلَاقِ الْحَقِيقَةُ . قَالَ ابْنُ خَطِيبٍ السَّلَامِيَّةُ : قَالَ أَبُو الْحُسَيْنِ : النِّكَاحُ عِنْدَ أَحْمَدَ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ وَالْعَقْدِ جَمِيعًا . وَقَالَ أَبُو حَكِيمٍ . وَجَزَمَ بِهِ نَازِلُ « الْمُفْرَدَاتِ » ، وَهُوَ مِنْهَا . وَقِيلَ : هُوَ حَقِيقَةٌ فِيهِمَا مَعًا ، فَلَا يُقَالُ : هُوَ حَقِيقَةٌ عَلَى أَحَدِهِمَا بَانْفِرَادِهِ . بَلْ عَلَى مَجْمُوعِهِمَا ، فَهُوَ مِنَ الْأَلْفَاظِ الْمُتَوَاطِئَةِ . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ : وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي كُلِّ وَاحِدٍ بِاعْتِبَارِ مُطْلَقِ الصَّمِّ [٢/٣] ؛ لِأَنَّ التَّوَاتُؤَ خَيْرٌ مِنَ الْأَشْتِرَاكِ وَالْمَجَازِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ . انْتَهَى . قَالَ ابْنُ هُبَيْرَةَ : وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَحْمَدُ : هُوَ حَقِيقَةٌ فِي الْعَقْدِ وَالْوَطْءِ جَمِيعًا ، وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَخَصُّ مِنْهُ بِالْآخِرِ . انْتَهَى . مَعَ أَنَّ هَذَا اللَّفْظَ مُحْتَمِلٌ أَنْ يُرِيدَ بِهِ الْأَشْتِرَاكُ . وَقَالَ فِي « الْوَسِيلَةِ » كَمَا قَالَ ابْنُ هُبَيْرَةَ ، وَذَكَرَ أَنَّهُ عِنْدَ أَحْمَدَ كَذَلِكَ . انْتَهَى . وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْأَشْتِرَاكِ وَالتَّوَاتُؤِ ، أَنَّ الْأَشْتِرَاكُ يُقَالُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَانْفِرَادِهِ : حَقِيقَةٌ . بِخِلَافِ الْمُتَوَاطِئِ ، فَإِنَّهُ لَا يُقَالُ : حَقِيقَةٌ . إِلَّا عَلَيْهِمَا

الإيضاح

(١) أخرجه البخارى ، في : باب ما يكره من التبتل والخصاء ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٥/٧ .
ومسلم ، في : باب استحباب النكاح لمن تأقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ .
كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في النهي عن التبتل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٥ .
والنسائى ، في : باب النهي عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٤٨ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٣ . والدارمى ، في : باب النهي عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٧٦ ، ١٨٣ .
(٢) سورة النساء ٢٢ .

٣٠٥٤ - مسألة : وَ (النِّكَاحُ سُنَّةٌ) لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَدِلَّةِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ، وَأَذْنَاهَا الْاسْتِحْبَابُ .

مُجْتَمِعِينَ ، لَا غَيْرُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : هُوَ فِي الْإِبْطَاتِ لِهَما ، وَفِي النَّهْيِ لِكُلِّ مِنْهُمَا ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ إِذَا نُهِيَ عَنْ شَيْءٍ نُهِيَ عَنْ بَعْضِهِ ، وَالْأَمْرُ بِهِ أَمْرٌ بِكُلِّهِ ، فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْكَلَامِ ، فَإِذَا قِيلَ مَثَلًا : أَنْكِحْ ابْنَةَ عَمِّكَ . كَانَ الْمُرَادُ الْعَقْدَ وَالْوِطْءَ . وَإِذَا قِيلَ : لَا تَنْكِحْهَا . تَنَاوَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . الثَّانِيَةُ ، قَالَ الْقَاضِي : الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ الْمَنْفَعَةُ . أَيْ لِلانْتِفَاعِ بِهَا لَا لِمِلْكِهَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ فِي « فُرُوعِهِ » : وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ مَذْهَبُنَا أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ مَنْفَعَةُ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَأَنَّهُ فِي حُكْمِ مَنْفَعَةِ الْاسْتِخْدَامِ . قَالَ صَاحِبُ « الْوَسِيلَةِ » : الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ مَنْفَعَةُ الْاسْتِمْتَاعِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « أَحْكَامِ الْقُرْآنِ » : الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْحِلُّ لَا مِلْكُ الْمَنْفَعَةِ . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالْثَمَانِينَ » : تَرَدَّدَتْ عِبَارَاتُ الْأَصْحَابِ فِي مَوْرِدِ عَقْدِ النِّكَاحِ ؛ هَلْ هُوَ الْمِلْكُ أَوِ الْاسْتِيبَاحَةُ ؟ فَمِنْ قَائِلٍ : هُوَ الْمِلْكُ . ثُمَّ تَرَدَّدُوا ؛ هَلْ هُوَ مِلْكُ مَنْفَعَةِ الْبُضْعِ ، أَوْ مِلْكُ الْانْتِفَاعِ بِهَا ؟ وَقِيلَ : بَلْ هُوَ الْحِلُّ لَا الْمِلْكُ . وَلِهَذَا يَقَعُ الْاسْتِمْتَاعُ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ ، مَعَ أَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهَا . وَقِيلَ : بَلْ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ الْازْدِوَاجُ كَالْمُشَارَكَةِ ، وَلِهَذَا فَرَّقَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بَيْنَ الْازْدِوَاجِ وَمِلْكِ الْيَمِينِ . وَإِلَيْهِ مِثْلُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ . فَيَكُونُ مِنْ بَابِ الْمُشَارَكَاتِ لَا الْمُعَاوَضَاتِ .

قوله : النِّكَاحُ سُنَّةٌ . اعْلَمْ أَنَّ الْأَصْحَابَ فِي صَبْطِ أَقْسَامِ النِّكَاحِ طُرُقًا ، أَشْهَرُهَا وَأَصَحُّهَا أَنَّ النَّاسَ فِي النِّكَاحِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ الْقِسْمُ الْأَوَّلُ ، مَنْ لَهُ شَهْوَةٌ وَلَا

يخاف الزنى . فهذا النكاح في حقه مُستَحَبٌّ ، على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . قال الزُّرْكَشِيُّ : هذا المشهور من الروايتين . قال الشَّارِحُ وغيره : هذا المشهور في المذهب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « المعنى » ، و « المُحرَّر » ، و « الفروع » ، وغيرهم . وعنه ، أنه واجب على الإطلاق . اختاره أبو بكر ، وأبو حفص البرمكي ، وابن أبي موسى . وقدمه ناظم « المفردات » ، وهو منها . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . وحمل القاضي الرواية الثانية على من يخشى على نفسه مُوَاقعةَ المحظور بترك النكاح .

تنبيه : ظاهر كلام المصنّف وغيره ، أنه لا فرق في ذلك بين الغني والفقير . وهو صحيح ، وهو المذهب . نص عليه . نقل صالح ، يفترض ويتزوج . وجزم به ابن رزين في « شرحه » . وقدمه في « الفروع » ، و « الفائق » . قال الآمدي : يُستَحَبُّ في حق الغني والفقير ، والعاجز والواجد ، والراغب والزاهد ، فإن أحمد تزوج وهو لا يجد القوت . وقيل : لا يتزوج فقير إلا عند الضرورة . وقيد ابن رزين في « مختصره » بموسر . وجزم به في « النظم » . قلت : وهو الصواب في هذه الأزمنة . واختاره صاحب « المبهم » ، ويأتي كلامه في تعداد الطُّرق . قال الشيخ تقي الدين : فيه نزاع في مذهب أحمد وغيره . القسم الثاني ، من ليس له شهوة كالعتين ، ومن ذهب شهوته ؛ لمرض أو كبير أو غيره . فعموم كلام المصنّف هنا أنه سنة في حقه أيضًا . وهو ظاهر كلامه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وغيرهم ،

وَالِاشْتِعَالُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلِّي لِتَوَافِلِ الْعِبَادَةِ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَى

المقنع

٣٠٥٥ - مسألة : (وَالِاشْتِعَالُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلِّي لِتَوَافِلِ

الشرح الكبير

وهو إحدَى الروایتین ، أو الوجهین . واختاره القاضی فی « المُجَرَّدِ » فی بابِ الطَّلَاقِ ، و « الخِصَالِ » ، وابنُ عَبْدِ دُوسٍ فی « تَذَكُّرَتِهِ » . وجزم به فی « البُلْغَةِ » وغيره . والقولُ الثَّانِي ، هو فی حَقِّهِمْ مُبَاحٌ . وهو الصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ . اختاره القاضی فی « المُجَرَّدِ » ، فی بابِ النِّكَاحِ ، وابنُ عَقِيلٍ فی « التَّذَكُّرَةِ » ، وابنُ البَنَّا ، وابنُ بَطَّةَ [٢/٣ ظ] . وقَدَّمه فی « المُحَرَّرِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » ، و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . وجزم به فی « المُنَوَّرِ » . قال فی « مُنتَخِبِهِ » : يُسَنُّ لِلثَّائِقِ . وأُطْلِقَهُمَا فی « الْمُعْنَى » ، و « الكَافِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّنْظِيمِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنَجِّي » ، و « الفُرُوعِ » ، و « الفَائِقِ » . وقيل : يُكْرَهُ . وما هو بيبَعِيدُ في هذه الْأَزْمَنَةِ . وحكى عنه ، يَجِبُ . وهو وَجْهٌ في « التَّرْغِيبِ » . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : كَلَامُ صَاحِبِ « المُحَرَّرِ » يَدُلُّ عَلَى أَنَّ رِوَايَةَ وَجُوبِ النِّكَاحِ مُتَنَفِّيةٌ فِي حَقِّ مَنْ لَا شَهْوَةَ لَهُ . وكذلك قال القاضی ، وابنُ عَقِيلٍ ، والأَكْثَرُونَ . وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ طَرَدَ فِيهِ رِوَايَةَ الْوُجُوبِ أَيْضًا . نقله صَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » . وهو مُقْتَضَى إِبْطَالِ الْأَكْثَرِينَ . ويَأْتِي التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ فِي تَعْدَادِ الطُّرُقِ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَنْ خَافَ الْعَنَتَ . فَالنِّكَاحُ فِي حَقِّ هَذَا وَاجِبٌ قَوْلًا وَاحِدًا . إِلَّا أَنَّ ابْنَ عَقِيلٍ ذَكَرَ رِوَايَةً ، أَنَّهُ غَيْرُ وَاجِبٍ . ويَأْتِي كَلَامُهُ فِي تَعْدَادِ الطُّرُقِ . قال الزُّرْكَانِيُّ : وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِخَوْفِ الْعَنَتِ خَوْفَ الْمَرَضِ أَوِ الْمَشَقَّةِ ، لَا خَوْفَ الزَّنى ، فَإِنَّ الْعَنَتَ يُفَسِّرُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ .

تنبیهات ؛ أَحَدُهَا ، الْعَنَتُ هُنَا هُوَ الزَّنى ، عَلَى الصَّحِيحِ . وقيل : هُوَ الْهَلَاكُ بِالزَّنى . ذَكَرَهُ فِي « المُسْتَوْعِبِ » . الثَّانِي ، مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ : إِلَّا أَنَّ يَخَافَ عَلَى نَفْسِهِ

المقنع نَفْسِهِ مُوَاقَعَةَ الْمَحْظُورِ بِتَرْكِهِ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير العِبَادَةِ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَى نَفْسِهِ مُوَاقَعَةَ الْمَحْظُورِ بِتَرْكِهِ ، فَيَجِبُ (النَّاسُ فِي النِّكَاحِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرَبٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَنْ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ «الْوُقُوعَ فِي» الْمَحْظُورِ إِنْ تَرَكَ النِّكَاحَ ، فَهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ إِعْغَافُ نَفْسِهِ ، وَصَرْفُهَا عَنِ الْحَرَامِ ، وَطَرِيقُهُ النِّكَاحُ . الثَّانِي ، مَنْ يُسْتَحَبُّ لَهُ ، وَهُوَ مَنْ لَهُ شَهْوَةٌ يَأْمَنُ مَعَهَا الْوُقُوعَ فِي مَحْظُورٍ ، فَهَذَا الْأَشْتِغَالُ لَهُ (١) بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلِّي لِنَوَافِلِ الْعِبَادَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَظَاهِرُ أَقْوَالِ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَفَعَلَهُمْ . قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ : لَوْ لَمْ يَنْقُ مِنْ أَجَلِي إِلَّا عَشْرَةُ أَيَّامٍ ، وَأَعْلَمُ أَنِّي أَمُوتُ فِي آخِرِهَا يَوْمًا ، لِي فِيهِنَّ طَوْلُ النِّكَاحِ ، لَتَزَوَّجْتُ مَخَافَةَ الْفِتْنَةِ (٢) . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ لِسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ : تَزَوَّجْ ، فَإِنَّ خَيْرَ هَذِهِ الْأُمَّةِ أَكْثَرُهَا نِسَاءً (٣) . [٧٧/٦ ظ] وَقَالَ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مَيْسَرَةَ : قَالَ لِي طَاوُسٌ : لَتَنْكِحَنَّ ، أَوْ لَاقُولَنَّ لَكَ مَا قَالَ عَمْرٌو لِأَيِّ الزَّوَائِدِ : مَا يَمْنَعُكَ عَنِ النِّكَاحِ إِلَّا عَجْزٌ أَوْ فُجُورٌ (٤) . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ : لَيْسَتْ الْعُزْبَةُ مِنْ أَمْرِ الْإِسْلَامِ فِي شَيْءٍ ، وَمَنْ دَعَاكَ (٥) إِلَى غَيْرِ التَّزْوِيجِ ، فَقَدْ دَعَاكَ (٦) إِلَى غَيْرِ

الإِنصافِ مُوَاقَعَةَ الْمَحْظُورِ . إِذَا عَلِمَ وَقُوعَ ذَلِكَ أَوْ ظَنَّهُ . قَالَهُ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ فِي

(١ - ١) فِي م : « مُوَاقَعَةٌ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ م .

(٣) أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي سَنَتِهِ ١٣٩/١ .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كَثْرَةِ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤/٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ،

فِي : الْمُسْنَدِ ٢٤٣/١ ، ٣٧٠ .

(٥) أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ .

(٦) فِي م : « دَعَا » .

الإسلام ، ولو تزوّج بشر^(١) كان قد تمّ أمره . وقال الشافعي^(٢) : التَّخْلِي لِعِبَادَةِ اللَّهِ أَفْضَلُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى مَدَحَ يَحْيَى ، عَلَيْهِ السَّلَامُ ، بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا ﴾^(٣) . وَالْحَصُورُ الَّذِي لَا يَأْتِي النِّسَاءَ ، فَلَوْ كَانَ النِّكَاحُ أَفْضَلَ لَمَا مَدَحَ بِتَرْكِهِ . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ ﴾^(٤) . وَهَذَا فِي مَعْرِضِ الدَّمِّ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَكَانَ الْاِسْتِغَالُ بِالْعِبَادَةِ أَفْضَلَ مِنْهُ ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَمْرِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ بِهِ ، وَحُثُّهُمَا عَلَيْهِ ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَكِنِّي أَصُومُ وَأُفْطِرُ ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ عَن سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي » . وَقَوْلُ سَعْدٍ : لَقَدْ رَدَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى عِثْمَانَ بْنِ مَظْعُونٍ التَّبْتُلَ ، وَلَوْ أُذِنَ^(٥) لَهُ لَأَخْتَصَمْنَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا . وَعَنْ أَنَسٍ قَالَ : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْمُرُ بِالْبَاءَةِ ، وَيَنْهَى عَنِ التَّبْتُلِ نَهْيًا شَدِيدًا ، وَيَقُولُ : « تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٦) . وَهَذَا حَتٌّ عَلَى النِّكَاحِ شَدِيدٌ ، وَوَعِيدٌ عَلَى تَرْكِهِ ، يُقَرِّبُهُ إِلَى الْوُجُوبِ ،

« الْفُرُوعِ » : وَيَتَوَجَّه ، إِذَا عَلِمَ وَقُوعَهُ فَقَط . الثَّالِثُ ، هَذِهِ الْأَقْسَامُ الثَّلَاثَةُ هِيَ الْإِنْصَافُ

(١) هُوَ بَشَرُ بْنُ الْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمَرْوَزِيُّ ، أَبُو نَصْرٍ . الْإِمَامُ الْعَالِمُ الْمُحَدِّثُ الزَّاهِدُ الرَّبَّانِيُّ ، الْمَشْهُورُ بِالْحَافِي . تَوَفَّى سَنَةَ سَبْعٍ وَعِشْرِينَ وَمِائَتَيْنِ . سِيرَ أَعْلَامُ النَّبَلَاءِ ٤٦٩/١٠ - ٤٧٧ .

(٢) كَذَا ذَكَرْنَا هُنَا ، وَنَصَّ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ فِي الْأُمِّ ١٢٨/٥ ، ١٢٩ إِنَّمَا هُوَ فِي الْقِسْمِ الثَّالِثِ الَّذِي لَمْ يَخْلُقْ فِيهِ شَهْوَةٌ ، أَوْ ذَهَبَتْ بِعَارِضٍ .

(٣) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ٣٩ .

(٤) سُورَةُ آلِ عِمْرَانَ ١٤ .

(٥) فِي م : « أَحْلَهُ » .

(٦) فِي : بَابِ الرِّغْبِ فِي النِّكَاحِ . سَنَنُ سَعِيدٍ ١٣٩/١ . كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥٨/٣ ،

و^(١) التَّخَلَّى مِنْهُ إِلَى التَّحْرِيمِ ، وَلَوْ كَانَ التَّخَلَّى أَفْضَلَ ^(٢)لَانْعَكَسَ الْأَمْرُ^(٣) ، وَلَآنَ النَّبِيُّ ﷺ تَزَوَّجَ ، وَبَالَعَ فِي الْعَدَدِ ، وَفَعَلَ ذَلِكَ أَصْحَابُهُ ، وَلَا يَشْتَغِلُ النَّبِيُّ ﷺ وَأَصْحَابُهُ إِلَّا بِالْأَفْضَلِ ، وَلَا يَجْتَمِعُ الصَّحَابَةُ عَلَى تَرْكِ الْأَفْضَلِ وَالِاشْتِغَالِ بِالْأَدْنَى . وَمِنْ الْعَجَبِ أَنَّ مَنْ يُفْضَلُ التَّخَلَّى لَمْ يَفْعَلْهُ ، فَكَيْفَ أَجْمَعُوا عَلَى النِّكَاحِ فِي فِعْلِهِ ، وَخَالَفُوا فِي فَضْلِهِ ! أَفَمَا^(٤) كَانَ فِيهِمْ مَنْ يَتَّبِعُ الْأَفْضَلَ عِنْدَهُ وَيَعْمَلُ بِالْأَوْلى ؟ وَلَآنَ مَصَالِحَ النِّكَاحِ أَكْثَرُ ؛ فَإِنَّهُ يَشْتَمِلُ عَلَى تَحْصِينِ الدِّينِ وَإِحْرَارِهِ ، وَتَحْصِينِ الْمَرْأَةِ وَحِفْظِهَا وَالْقِيَامِ بِهَا ، وَإِجَادِ النَّسْلِ وَتَكْثِيرِ الْأُمَّةِ ، وَتَحْقِيقِ مُبَاهَاةِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْمَصَالِحِ الرَّاجِحِ أَحَدُهَا عَلَى نَفْلِ الْعِبَادَةِ ، فَمَجْمُوعُهَا أَوْلى . وَقَدْ رَوَيْنَا فِي أَخْبَارِ الْمُتَقَدِّمِينَ أَنَّ قَوْمًا ذَكَرُوا النَّبِيَّ لَهُمْ فَضْلَ عَابِدِهِمْ ، فَقَالَ : أَمَا إِنَّهُ لَتَارِكٌ لَشَيْءٍ مِنَ السُّنَّةِ . فَبَلَغَ الْعَابِدَ ، فَأَتَى النَّبِيَّ^(٥) فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ : إِنَّكَ تَرَكْتَ التَّزْوِيجَ . فَقَالَ : يَا نَبِيَّ اللَّهِ ، وَمَا هُوَ إِلَّا هَذَا ! فَلَمَّا رَأَى النَّبِيُّ احْتِقَارَهُ لَذَلِكَ ، قَالَ : أَرَأَيْتَ لَوْ تَرَكَ النَّاسُ كُلُّهُمْ التَّزْوِيجَ ، مَنْ كَانَ يَقُومُ بِالْجِهَادِ ، وَيَنْفِي الْعُدُوَّ ، وَ^(٥) يَقُومُ بِفَرَائِضِ اللَّهِ وَحُدُودِهِ ؟ وَأَمَّا مَا ذُكِرَ عَنْ يَحْيَى ، فَهُوَ شَرْعُهُ ، وَشَرْعُنَا

الإِنصاف أَصَحُّ الطَّرِيقِ ، وَهِيَ طَرِيقَةُ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ :

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا » .

(٢ - ٢) فِي م : « لَانْعَكَسَتِ الْأَحْكَامُ »

(٣) فِي م : « فَمَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي م : « أَوْ » .

بِخِلَافِهِ ، فَهُوَ أَوْلَى . وَالْبَيْعُ لَا يَشْتَمِلُ عَلَى مَصَالِحِ النِّكَاحِ ، وَلَا يُقَارِبُهَا . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَنْ لَا شَهْوَةَ لَهُ ؛ إِمَّا لِأَنَّهُ لَا شَهْوَةَ لَهُ كَالْعَيْنِ ، أَوْ ذَهَبَتْ شَهْوَتُهُ لِمَرَضٍ أَوْ كِبَرٍ وَنَحْوِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُسْتَحَبُّ [٧٨/٦] لَهُ النِّكَاحُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، التَّخَلَّى لَهُ أَفْضَلُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُحْصِلُ مَصَالِحَ النِّكَاحِ ، وَيَمْنَعُ زَوْجَتَهُ مِنَ التَّحْصِينِ بغيرِهِ ، وَيُضِرُّهَا بِحَبْسِهَا عَلَى ^(١) نَفْسِهِ ، وَيُعَرِّضُ نَفْسَهُ لَوَاجِبَاتٍ وَحُقُوقٍ لَعَلَّهُ لَا يَقُومُ بِهَا ، وَيَشْتَغِلُ عَنِ الْعِلْمِ وَالْعِبَادَةِ بِمَا لَا فَائِدَةَ فِيهِ ، وَالْأَخْبَارُ تُحْمَلُ عَلَى مَنْ لَهُ شَهْوَةٌ ؛ لِمَا فِيهَا مِنَ الْقَرَائِنِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا .

فصل : وظاهرُ كلامِ أحمدَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْقَادِرِ عَلَى الْإِنْفَاقِ وَالْعَاجِزِ عَنْهُ ، فَإِنَّهُ قَالَ : يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ ، فَإِنْ كَانَ عِنْدَهُ مَا يُنْفِقُ أَنْفَقَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ صَبَرَ ، وَلَوْ تَزَوَّجَ بِشَرٍّ كَانَ قَدْ تَمَّ أَمْرُهُ . وَاحْتَجَّ بَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ^(٢) كَانَ يُصْبِحُ وَمَا عِنْدَهُمْ شَيْءٌ ، وَيُمَسِّي وَمَا عِنْدَهُمْ شَيْءٌ ^(٣) . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ^(٤) زَوَّجَ رَجُلًا لَمْ يَقْدِرْ ^(٥) عَلَى خَاتَمٍ حَدِيدٍ ، وَلَا وَجَدَ إِلَّا إِزَارَهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ رِدَاءٌ . أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ^(٦) . قَالَ أَحْمَدُ فِي رَجُلٍ قَلِيلٍ

هِيَ الطَّرِيقَةُ الْمَشْهُورَةُ . وَقَالَ ابْنُ شَيْخِ السَّلَامِيَّةِ فِي « نَكَيْتِهِ » عَلَى « الْمُحَرَّرِ » : الْإِنْصَافُ

(١) فِي م : « عَنْ » .

(٢-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ شَرَاءِ النَّبِيِّ ﷺ بِالنِّسِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْبُيُوعِ ، وَفِي : بَابِ فِي الرِّهْنِ فِي الْحَضَرِ ... ، مِنْ كِتَابِ الرِّهْنِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧٤/٣ ، ١٨٦ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرِّخْصَةِ فِي الشِّرَاءِ إِلَى أَجَلٍ ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢١٩/٥ ، ٢٢٠ .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : « إِلَّا » .

(٥) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي ٣٨٠/١٤ .

المقنع وَعَنْهُ ، أَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَى الْإِطْلَاقِ .

الشرح الكبير الكسب ، يَضْعُفُ قَلْبَهُ عَنِ الْعِيَالِ : اللَّهُ يَرْزُقُهُمْ ، التزويجُ أَحْصَنُ لَهُ ، رُبَّمَا أَتَى عَلَيْهِ وَقْتُ لَا يُمَكِّنُ قَلْبَهُ الصَّبْرُ . وهذا في حَقِّ مَنْ يُمَكِّنُهُ التَّزْوِيجُ ، فَأَمَّا مَنْ لَا يُمَكِّنُهُ التَّزْوِيجُ ^(١) ، فقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَيْسْتَغْفِرَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾ ^(٢) .

٣٠٥٦ - مسألة : (وعن أحمد ، أَنَّ النِّكَاحَ وَاجِبٌ عَلَى الْإِطْلَاقِ) واختاره أبو بكر عبد العزيز ، وحكاه عن أحمد . وحكى عن داود ^(٣) أَنَّهُ يَجِبُ فِي الْعُمُرِ مَرَّةً ؛ لِلآيَةِ وَالْخَبَرِ . وَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَيْسَ

الإِنصاف ذكر غير واحدٍ مِنْ أَصْحَابِنَا فِي وُجُوبِ النِّكَاحِ رَوَاتَيْنِ ، وَاخْتَلَفُوا فِي مَحَلِّ الْوُجُوبِ ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَهُ وَلَمْ يَقْيِدْهُ بِحَالٍ . وَهَذِهِ طَرِيقَةُ أَبِي بَكْرٍ ، وَأَبَى حَفْصٍ ، وَابْنِ الزَّائِغُونِيِّ . قَالَ فِي « مُفْرَدَاتِهِ » : النِّكَاحُ وَاجِبٌ ، فِي إِحْدَى الرَّوَاتَيْنِ . وَكَذَلِكَ أَطْلَقَهُ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ فِي « مُفْرَدَاتِهِ » ، وَأَبُو الْحُسَيْنِ ، وَصَاحِبُ « الْوَسِيلَةِ » . وَقَدْ وَقَعَ ذَلِكَ فِي كَلَامِ أَحْمَدَ ، لَمَّا سُئِلَ عَنِ التَّزْوِيجِ فَقَالَ : أَرَاهُ وَاجِبًا . وَأَشَارَ إِلَى هَذَا أَبُو الْبَرَكَاتِ ؛ حَيْثُ قَالَ : وَعَنْهُ ، الْوُجُوبُ مُطْلَقًا . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَصَاحِبِ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قُلْتُ : وَهُوَ ضَعِيفٌ جَدًّا فِي مَنْ لَا شَهْوَةَ لَهُ . قَالَ : وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّ الْوُجُوبَ بِمَنْ يَجِدُ الطَّوْلَ وَيَخَافُ الْعَتَا . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : فَهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ النِّكَاحُ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَكَذَا قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَابْنُ

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) سورة النور ٣٣ .

(٣) في م : « أحمد » .

بواجب ، إلا أن يخاف على نفسه الوقوع في محذور بتركه ، فيلزمه إعفاف نفسه . وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأن الله تعالى حين أمر به علّقه على

الجوزي ، وأبو البركات . وعليها حمل القاضي إطلاق أحمد ، وأبي بكر . قلت : وقيد ابن عقيل بذلك أيضًا ، وأن الشيخ تقي الدين قال : وظاهر كلام أحمد والأكثرين أن ذلك غير معتبر . واختار ابن حامد عدم الوجوب حتى في هذه الحالة . قلت : الذي يظهر أن هذا خطأ من الناقل عنه . ومن أصحابنا من أجرى الخلاف فيه ؛ فحكى ابن عقيل في « التذكرة » - في وجوب النكاح على من يخاف العنت ويجد الطول - روايتين . ومنهم من جعل محل الوجوب في الصورة الأولى وهذه الصورة . ومنهم من جعل الخلاف في الصورة الثانية ؛ وهو من يجد الطول ولا يخاف العنت ، و« له شهوة » . فهنا جعل محل الخلاف غير واحد ، وحكوا فيه روايتين . وهذه طريقة القاضي ، وأبي البركات . وقطع الشيخ موفق الدين بعدم الوجوب من غير خلاف ، وكذلك القاضي في « الجامع الكبير » ، وابن عقيل في « التذكرة » . واختاره ابن حامد ، والشريف أبو جعفر . قالوا^(١) : ويدل على رجحانها في المذهب أن أحمد لم يتزوج حتى صار له أربعون سنة ، مع أنه كان له شهوة . ومنهم من جعل محل الوجوب في صورتين المتقدمتين ، وفي صورة ثالثة ؛ وهو من يجد الطول ولا شهوة له . حكاه في « الترغيب » . قال أبو العباس : وكلام القاضي وتعليقه يقتضي أن الخلاف في الوجوب ثابت ، وإن لم يكن له شهوة . ومنهم من جعل [٣/٣] محل الوجوب القدرة على التفقة والصداق . قال في « المبهم » : النكاح مستحب ، وهل هو واجب أم لا ؟ ينظر فيه ؛ فإن كان فقيرًا لا يقدر على الصداق ، ولا على ما يقوم بأود الزوجة ، لم يجب ،

(١ - ١) في ط : « لا له شهوة » .

(٢) في ط : « قال » .

الشرح الكبير الاستطابة بقوله : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (١) .

الإنصاف

رواية واحدة . وإن كان قادراً مستطيعاً ، ففيه روايتان ؛ لا يجب . وهي المنصورة . والوجوب . قال : قلت : ونازعه في ذلك كثير من الأصحاب . ومنهم من أضاف قيذاً آخر ، فجعل الوجوب مختصاً بالقدرة على نكاح الحرّة . قال أبو العباس : إذا خشي العنت جاز له التزوج بالأمّة ، مع أن تركه أفضل ، أو مع الكراهة وهو يخاف العنت ، فيكون الوجوب مشروطاً بالقدرة على نكاح الحرّة . قلت : قدم في « الفروع » أنه لا يجب عليه نكاح الحرّة . قال القاضي ، وابن الجوزي ، والمصنف ، وغيرهم : يباح ذلك ، والصبر عنه أولى . وقال في « الفصول » : في وجوبه خلاف . واختار أبو يعلى الصغير الوجوب . قلت : الصواب أنه يجب إذا لم يجد حرّة . ومنهم من جعل الوجوب من باب وجوب الكفاية لا العين . قال أبو العباس : ذكر أبو يعلى الصغير ، في ضمن مسألة التخلي لتوافل العباد : إنا إذا لم نوجبه على كل أحد ، فهو فرض على الكفاية . قلت : وذكر أبو الفتح ابن المنى أيضاً أن النكاح فرض كفاية ، فكان الاشتغال به أولى كالجهاد . قال : وكان القياس يقتضي وجوبه على الأغنياء ، تركناه للخرج والمشفقة . انتهى . وانتهى كلام ابن خطيب السلامية مع ما زدنا عليه فيه .

فوائد ؛ الأولى ، حيث قلنا بالوجوب ، فإن المرأة كالرجل في ذلك . أشار إليه أبو الحسين ، وأبو حكيم النهراني ، وصاحب « الوسيلة » . قاله ابن خطيب السلامية . الثانية ، على القول بالوجوب ، لا يكتفى بمرّة واحدة في العمر ، على الصحيح من المذهب . قال ابن خطيب السلامية في « التكت » : جمهور الأصحاب أنه لا يكتفى بمرّة واحدة ، بل يكون النكاح في مجموع العمر ؛ لقول

(١) سورة النساء ٣ .

والواجب لا يقف على الاستطابة . وقال : ﴿ مَثْنَى وَثِلَتَ وَرُبَعَ ﴾ .
ولا يجب ذلك بالاتفاق ، فدل على أن المراد بالأمر الندب ، وكذلك

أحمد : ليست العزوبة في شيء من أمر الإسلام . وقدم في « الفروع » أنه لا يكتفى
بمرة واحدة . وقال أبو الحسين في « فروعه » : إذا قلنا بالوجوب ، فهل يسقط
الأمر به في حق الرجل والمرأة مرة واحدة ، أم لا ؟ ظاهر كلام أحمد أنه
لا يسقط ؛ لقول أحمد في رواية المروزي : ليست العزوبة من الإسلام . وهذا
الاسم لا يزول مرة . وكذا قاله صاحب « الوسيلة » ، وأبو حنيفة التهرواني .
وفي « المذهب » لابن الجوزي وغيره ، يكتفى بالمرة الواحدة لرجل وامرأة .
وجزم به في « عيون المسائل » ، وقال : هذا على رواية وجوبه . ونقل ابن
الحكم ، أن أحمد قال : المتبطل الذي لم يتزوج قط . قلت : ويتبع أن يتمشى
هذا الخلاف على القول بالاستحباب أيضا . وهو ظاهر كلامه في « الفروع » ،
بخلاف صاحب « الثكت » . الثالثة ، وعلى القول بوجوبه ، إذا زاحمه الحج
الواجب ؛ فقد تقدم لو خاف العنت من وجب عليه الحج ، في كتاب الحج ، وذكرنا
هناك الحكم والتفصيل ، فليراجع . الرابعة ، في الاكتفاء بالعقد استعناء بالباعث
الطبيعي عن الشرعي ، وجهان . ذكرهما في « الواضح » . وأطلقهما في
« الفروع » ، و « الفائق » . قال ابن عقيل في « المفردات » : قياس المذهب
عندي يقتضي إيجابه شرعا ، كما يجب على المضطر تملك الطعام والشراب
وتناولهما . قال ابن خطيب السلامة في « نكته على المحرر » : وحيث قلنا
بالوجوب ، فالواجب هو العقد . وأما نفس الاستمتاع ، فقال القاضي : لا يجب ،
بل يكتفى فيه بدعية الوطء . وحيث أوجبنا الوطء ، فإنما هو لإيفاء حق الزوجة
لا غير . انتهى . الخامسة ، ما قاله أبو الحسين : هل يكتفى عنه بالتسري ؟ فيه

الشرح الكبير
الخَبَرُ يُحْمَلُ عَلَى النَّذْبِ أَوْ عَلَى^(١) مَنْ يَخْشَى عَلَى نَفْسِهِ الْوُقُوعَ فِي
الْمَحْظُورِ بِتَرْكِ النِّكَاحِ . قَالَ الْقَاضِي : وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ كَلَامُ أَحْمَدَ وَأَيُّ
بَكْرٍ فِي إِجْبَابِ النِّكَاحِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الإِنصاف
وَجْهَان . وَتَابَعَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيُّ » .
قَالَ ابْنُ أَبِي الْمَجْدِ فِي « مُصَنَّفِهِ » : وَيُجْزَى عَنْهُ التَّسْرِي فِي الْأَصَحِّ . [٣/٣ ط] قَالَ
فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَالَّذِي يَظْهَرُ الْإِكْتِفَاءُ .^(٢) قَالَ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ فِي
« حَوَاشِي الزَّرْكَشِيِّ » : أَصَحُّهُمَا ، لَا يَنْدَفِعُ . فَلْيَتَزَوَّجْ . فَأَمَرَ بِالتَّزْوُجِ^(٣) .
وَقَالَ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ : فِيهِ احْتِمَالَانِ ، ذَكَرَهُمَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْمُفْرَدَاتِ » ،
وَابْنُ الزَّاعُونِي . ثُمَّ قَالَ : وَيَشْهَدُ لِسُقُوطِ النِّكَاحِ قَوْلُهُ تَعَالَى : « فَإِنْ خِفْتُمْ
أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ »^(٤) . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ .
وَقَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ : الْأَظْهَرُ أَنَّ الْوُجُوبَ يَسْقُطُ مَعَ خَوْفِ الْعَنْتِ ، وَإِنْ لَمْ يَسْقُطْ
مَعَ غَيْرِهِ . السَّادِسَةُ ، عَلَى الْقَوْلِ بِاسْتِحْبَابِهِ ، هَلْ يَجِبُ بِأَمْرِ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ بِأَمْرِ
أَحَدِهِمَا بِهِ ؟ قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ صَالِحٍ وَأَبِي دَاوُدَ : إِنْ كَانَ لَهُ أَبَوَانِ يَأْمُرَانِهِ بِالتَّزْوِيجِ
أَمَرْتُهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ، أَوْ كَانَ شَابًّا يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ الْعَنْتَ أَمَرْتُهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ . فَجَعَلَ أَمْرُ
الْأَبَوَيْنِ لَهُ بِذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ خَوْفِهِ عَلَى نَفْسِهِ الْعَنْتَ . وَقَالَ أَحْمَدُ : وَالَّذِي يَحْلِفُ
بِالطَّلَاقِ ؛ لَا يَتَزَوَّجُ أَبَدًا ، إِنْ أَمَرَهُ أَبُوهُ تَزَوَّجَ . السَّابِعَةُ ، وَعَلَى الْقَوْلِ أَيْضًا بَعْدَمِ
وُجُوبِهِ ، هَلْ يَجِبُ بِالنَّذْرِ ؟ صَرَّحَ أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ فِي « مُفْرَدَاتِهِ » أَنَّهُ يَلْزَمُهُ بِالنَّذْرِ .
قُلْتُ : وَهُوَ دَاخِلٌ فِي غُمُومَاتِ كَلَامِهِمْ فِي نَذْرِ التَّبَرُّرِ . الثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ لَهُ النِّكَاحُ

(١) زيادة من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ٣ .

بدارِ الحَرْبِ لِلضَّرُورَةِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَنَقَلَ ابْنُ هَانِيٍّ ، لَا يَتَزَوَّجُ وَإِنْ خَافَ ، وَإِنْ لَمْ تُكُنْ بِهِ ضَرُورَةٌ لِلنِّكَاحِ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، عَلَى الصَّحِيحِ . وَقَالَ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ فِي « نَكْتِهِ » : لَيْسَ لَهُ النِّكَاحُ ، سِوَاءَ كَانَ بِهِ ضَرُورَةٌ أَوْ لَا ؟ قَالَ الرَّزْكَاشِيُّ : فَعَلَى تَعْلِيلِ أَحْمَدَ ، لَا يَتَزَوَّجُ وَلَا مُسْلِمَةٌ . وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ حَنْبَلٍ . وَلَا يَطَأُ زَوْجَتَهُ إِنْ كَانَتْ مَعَهُ . وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ وَغَيْرِهِ . وَعَلَى مُقْتَضَى تَعْلِيلِهِ ، لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ آيَسَةً أَوْ صَغِيرَةً ؛ فَإِنَّهُ عُلِّلَ ، وَقَالَ : مِنْ أَجْلِ (١) الْوَلَدِ ؛ لِئَلَّا يُسْتَعْبَدَ . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » (٢) ، فِي آخِرِ الْجِهَادِ : وَأَمَّا الْأَسِيرُ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لَا يَحِلُّ لَهُ التَّزَوُّجُ مَا دَامَ أَسِيرًا . وَأَمَّا الَّذِي يَدْخُلُ إِلَيْهِمْ بِأَمَانٍ ؛ كَالْتَّاجِرِ وَنَحْوِهِ ، فَلَا يَنْبَغِي لَهُ التَّزَوُّجُ . فَإِنْ غَلَبَتْ عَلَيْهِ الشَّهْوَةُ أُبِيحَ لَهُ نِكَاحُ مُسْلِمَةٍ ، وَلِيَعْزَلَ عَنْهَا ، وَلَا يَتَزَوَّجُ مِنْهُمْ . انْتَهَى . وَقِيلَ : يُبَاحُ لَهُ النِّكَاحُ مَعَ عَدَمِ الضَّرُورَةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، فَقَالَ : وَلَهُ النِّكَاحُ بِدَارِ حَرْبٍ ضَرُورَةً ، وَبِدُونِهَا وَجْهَانِ . وَكَرِهَهُ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : لَا يَتَزَوَّجُ وَلَا يَتَسَرَّى إِلَّا أَنْ يُخَافَ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَيْضًا : وَلَا يَطْلُبُ الْوَلَدَ . وَيَأْتِي ، هَلْ يُبَاحُ نِكَاحُ الْحَرِّيَّاتِ ، أَمْ لَا ؟ فِي بَابِ الْمُحَرَّمَاتِ فِي النِّكَاحِ .

تَنْبِيهِ : حَيْثُ حُرِّمَ نِكَاحُهُ بِلا ضَرُورَةٍ وَفَعَلَ ، وَجَبَ عَزْلُهُ ، وَإِلَّا اسْتُحِبَّ عَزْلُهُ . ذَكَرَهُ فِي « الْفُصُولِ » . قُلْتُ : فَيُعَانِي بِهَا .

قَوْلُهُ : وَالِاسْتِغَالُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلِّي لِتَوَافُلِ الْعِبَادَةِ . يَعْنِي حَيْثُ قُلْنَا : يُسْتَحَبُّ . وَكَانَ لَهُ شَهْوَةٌ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا . نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ

(١) فِي ط : « خَذ » .

(٢) الْمُعْنَى ١٤٨/١٣ .

المقنع وَيُسْتَحَبُّ تَخْيِيرُ ذَاتِ الدِّينِ ، الْوُلُودِ ، الْبِكْرِ ، الْحَسِيَّةِ ، الْأَجْنِيَّةِ .

الشرح الكبير ٣٠٥٧ - مسألة : (وَيُسْتَحَبُّ تَخْيِيرُ ذَاتِ الدِّينِ ، الْوُلُودِ ، الْبِكْرِ ، الْحَسِيَّةِ ، الْأَجْنِيَّةِ) لقول النبي ﷺ : « تُنْكِحُ الْمَرْأَةَ لِمَالِهَا ، وَلِحَسَبِهَا ، وَلِجَمَالِهَا ، وَلِدِينِهَا ، فَاطْفَرِ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . وَالْأُولَى أَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُجَرَّدِ »^(٢) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ .^(٣) وَلِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾^(٤) . وَيَخْتَارُ الْوُلُودَ ؛ لِمَا رَوَى أَنَسٌ ، قَالَ : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوُلُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٥) . وَرَوَى مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ ، قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ إِلَى

الإنصاف الأصحاب ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَالَ أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ : لَا يَكُونُ أَفْضَلُ مِنَ التَّخْلِى إِلَّا إِذَا قَصَدَ بِهِ الْمَصَالِحُ الْمَعْلُومَةُ ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَقْصِدْهَا فَلَا يَكُونُ أَفْضَلَ . وَعَنْهُ ، التَّخْلِى لِتَوَافُلِ الْعِبَادَةِ أَفْضَلُ ، كَمَا لَوْ كَانَ مَعْدُومَ الشُّهُورَةِ . حَكَاهَا أَبُو الْحُسَيْنِ فِي « الثَّمَامِ » ، وَابْنُ الزَّائِغُونِيِّ . وَاخْتَارَهَا ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْمَفْرَدَاتِ » . وَهِيَ احْتِمَالٌ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَمَنْ تَابَعَهُ . وَذَكَرَ أَبُو الْفَتْحِ ابْنُ الْمُنَيِّ ، أَنَّ النِّكَاحَ فَرَضُ كِفَايَةٍ ، فَكَانَ الْأَشْتِغَالُ بِهِ أَوْلَى كَالْجِهَادِ . كَمَا تَقَدَّمَ .
قوله : وَيُسْتَحَبُّ تَخْيِيرُ ذَاتِ الدِّينِ ، الْوُلُودِ ، الْبِكْرِ ، الْحَسِيَّةِ ، الْأَجْنِيَّةِ .

(١) تقدم تخريجه في ١٣/٤١٠ .

(٢) في م : « المخرر » .

(٣-٣) زيادة من : م . والآية ١٢٩ من سورة النساء .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٥ .

النبي ﷺ فقال : إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ وَمَنْصِبٍ ، إِلَّا أَنَّهَا لَا تَلِدُ ، أَفَأَتَزَوَّجُهَا ؟ فَنَهَا ، ثُمَّ أَتَاهُ الثَّانِيَةَ ، فَنَهَا ، ثُمَّ أَتَاهُ الثَّالِثَةَ ، فَقَالَ : « تَزَوَّجُوا الْوُلُودَ الْوُدُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ » ^(١) . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٢) . وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « يَا بَنِي هَاشِمٍ ، عَلَيْكُمْ بِنِسَاءِ الْأَعَاجِمِ ، فَالْتَمِسُوا أَوْلَادَهُنَّ ، فَإِنَّ فِي أَرْحَامِهِنَّ الْبَرَكَاتِ » ^(٣) . وَيَخْتَارُ ^(٤) الْبَكْرَ ؛ [٧٨/٦ ظ] لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَتَزَوَّجَتِ يَا جَابِرُ ؟ » . قَالَ : قُلْتُ : نَعَمْ . قَالَ : « بَكْرًا أَمْ ثَيِّبًا ؟ » . قَالَ : قُلْتُ : بَلْ ثَيِّبًا . قَالَ : « فَهَلَّا بَكْرًا تُلَاعِبُهَا وَتُلَاعِبُكَ ؟ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . وَعَنْ عَطَاءٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ

بَلَازَاعٍ . وَيُسْتَحَبُّ أَيْضًا أَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى وَاحِدَةٍ إِنْ حَصَلَ بِهَا الْإِغْفَافُ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ،

- (١) بعده في الأصل : « الأم » . وليست عند النسائي .
 (٢) في : باب كراهية تزويج العقيم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٤/٦ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٣/١ .
 (٣) أخرجه أبو زكريا البخاري في فوائده ، وذكر إسناده في اللآلئ المصنوعة ١٦٣/٢ .
 (٤) في م : « قال ويختار » .
 (٥) تقدم تخريجه في ٢١٦/١١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب إذا وكل رجلاً أن يعطي شيئاً ... ، من كتاب الوكالة ، وفي : باب الشفاعة في وضع الدين ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب استئذان الرجل الإمام ... ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب « إذ همت طائفتان منكم أن تفشلا ... » ، من كتاب المغازي ، وفي : باب الثيبات ، وباب طلب الولد ، وباب تستحد المغيبة وتمشط ، من كتاب النكاح ، وباب عون المرأة زوجها في ولده ، من كتاب النفقات ، وفي : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخاري ١٣٢/٣ ، ١٥٧ ، ٦٣/٤ ، ١٢٣/٥ ، ٦/٧ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٨٥ ، ١٠٢/٨ . ومسلم ، في : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضا . صحيح مسلم ١٧٠٨/٢ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٢/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في تزويج الأبكار ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١١/٥ . وابن ماجه ، في : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٨/١ . والدارمي ، في : باب في تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٤/٣ ، ٣١٤ ، ٣٦٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

قال : « عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ ، فَإِنَّهُنَّ أَعَذَبُ أَفْوَاهًا ، وَأَنْتَقُ^(١) أَرْحَامًا ، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ » . وفي رواية : « وَأَفْتَحْ أَرْحَامًا » . رواه الإمام أحمد^(٢) . وَيَخْتَارُ الْحَسِيَّةَ ؛ لِيَكُونَ وَلَدُهَا نَجِيًّا ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا أَشْبَهَ أَهْلَهَا وَنَزَعَ إِلَيْهِمْ . وَكَانَ يُقَالُ : إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَتَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَانْظُرْ إِلَى أَبِيهَا وَأَخِيهَا . وعن عائشة ، قالت : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « تَخَيَّرُوا لِنُطْفِئُكُمْ^(٣) ، وَانكِحُوا الْأَكْفَاءَ ، وَانكِحُوا إِلَيْهِمْ^(٤) . وَيَخْتَارُ الْأُجْنَبِيَّةَ ؛ فَإِنَّ وَلَدَهَا أَنْجَبُ ، وَلِهَذَا يُقَالُ : اغْتَرَبُوا^(٥) لَا تَضُؤُوا . يَعْنِي : انكِحُوا الْعَرَائِبَ كَيْ لَا تَضْعَفَ أَوْلَادُكُمْ . وَقِيلَ : الْعَرَائِبُ أَنْجَبُ ، وَبَنَاتُ الْعَمِّ أَصْبَرُ . وَلَأنَّهُ لَا تُؤْمِنُ الْعَدَاوَةُ فِي النِّكَاحِ ، وَإِفْضَاؤُهُ إِلَى الطَّلَاقِ ، فَإِذَا كَانَ فِي قَرَابَةٍ أَفْضَى إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ الْمَأْمُورِ بِصِلَتِهَا . وَيَخْتَارُ الْجَمِيلَةَ ؛ لِأنَّهُ أَسْكَنُ لِنَفْسِهِ^(٦) ، وَأَغْضُ لِبَصَرِهِ ، وَأَكْمَلُ

و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قال في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « إِذْرَاكِ الْغَايَةِ » ، و « الْفَائِقِ » : وَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى نِكَاحٍ وَاحِدَةٍ . قال النَّاطِمُ : وَوَاحِدَةً أَقْرَبُ إِلَى الْعَدْلِ . قال في

(١) م : « أَنْقَى » . وَأَنْتَقُ أَرْحَامًا : أَكْثَرُ أَوْلَادًا .

(٢) لم نجده في المسند ، وأخرجه ابن ماجه ، في : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٨/١ . والبيهقي ، في : باب استحباب التزويج بالأبكار ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٨١/٧ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٣٣/١ . وضعف إسناده في الزوائد .

(٥) في الأصل : « اعترلوا » .

لَمَوَدَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ شَرَعَ النَّظْرُ قَبْلَ النِّكَاحِ ، وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ
 (١) ابْنِ مُحَمَّدٍ (٢) بنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِنَّمَا
 النِّسَاءُ لُعَبٌ ، فَإِذَا اتَّخَذَ أَحَدُكُمْ لُعْبَةً (٣) فَلَيْسَتْ حَسِنَهَا » (٤) . وَعَنْ أَبِي
 هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَيُّ النِّسَاءِ خَيْرٌ ؟ قَالَ : « الَّتِي تَسْرُهُ
 إِذَا نَظَرَ ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ ، وَلَا تُخَالِفُهُ فِي نَفْسِهَا وَلَا فِي مَالِهِ بِمَا يَكْرَهُ » .
 رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَالنَّسَائِيُّ (٥) . وَعَنْ يَحْيَى بْنِ جَعْدَةَ (٦) ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ
 ﷺ قَالَ : « خَيْرُ فَائِدَةٍ أَفَادَهَا الْمَرْءُ الْمُسْلِمُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، امْرَأَةٌ جَمِيلَةٌ
 تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَهَا ، وَتَحْفَظُهُ فِي غَيْبَتِهِ فِي مَالِهِ
 وَنَفْسِهَا » . رَوَاهُ سَعِيدٌ (٧) . وَيَخْتَارُ ذَاتَ الْعَقْلِ ، وَيَجْتَنِبُ الْحَمَقَاءَ ؛
 لِأَنَّ النِّكَاحَ يُرَادُّ لِلْعَشْرَةِ ، وَلَا تَصْلُحُ الْعَشْرَةُ مَعَ الْحَمَقَاءِ ، وَلَا يَطِيبُ
 الْعَيْشُ مَعَهَا ، وَرُبَّمَا تَعْدَى ذَلِكَ (٨) إِلَى وَلَدِهَا . وَقَدْ قِيلَ : اجْتَنِبُوا
 الْحَمَقَاءَ ؛ فَإِنَّ وَلَدَهَا ضَيَاعٌ ، وَصُحْبَتُهَا بَلَاءٌ .

« تَجْرِيدُ الْعِنَايَةِ » : هَذَا الْأَشْهُرُ . قَالَ ابْنُ خَطِيبٍ السَّلَامِيَّةُ : جُمْهُورُ الْأَصْحَابِ
 اسْتَحَبُّوا أَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى وَاحِدَةٍ . قَالَ ابْنُ الْجَوْزِيِّ : إِلَّا أَنْ لَا تُعْفَى وَاحِدَةً . انْتَهَى .

(١ - ٢) سقط من النسختين ، وانظر تهذيب الكمال ٥٤١/٢٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده . بغية الباحث عن زوائد الحارث ، للهيثمي ص ١٥٩ . وذكره
 ابن حجر في المطالب العالية ٣١/٢ . وانظر السلسلة الضعيفة ٦٧٥/١ .

(٤) أخرجه النسائي ، في : باب أي النساء خير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٦/٦ . والإمام أحمد ، في :
 المسند ٢٥١/٢ ، ٤٣٢ ، ٤٣٨ .

(٥) في الأصل : « جعد » .

(٦) في : باب الترغيب في النكاح . سنن سعيد بن منصور ١٤١/١ .

(٧) بعده في م : « معها » .

وَيَجُوزُ لِمَنْ أَرَادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ النَّظْرُ إِلَى وَجْهِهَا مِنْ غَيْرِ خَلْوَةٍ بِهَا .
وَعَنْهُ ، لَهُ النَّظْرُ إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ؛ كَالرَّقَبَةِ ، وَالْيَدَيْنِ ،
وَالْقَدَمَيْنِ .

الشرح الكبير

٣٠٥٨ - مسألة : (وَيَجُوزُ لِمَنْ أَرَادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ النَّظْرُ إِلَى وَجْهِهَا
مِنْ غَيْرِ خَلْوَةٍ بِهَا . وَعَنْهُ ، لَهُ النَّظْرُ إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ؛ كَالرَّقَبَةِ ، وَالْيَدَيْنِ ،
وَالْقَدَمَيْنِ) قَالَ شَيْخُنَا ^(١) : لَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي إِبَاحَةِ النَّظْرِ إِلَى
الْمَرْأَةِ لِمَنْ أَرَادَ نِكَاحَهَا خِلَافًا ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ :
« إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا ،
فَلْيَفْعَلْ » . قَالَ ^(٢) : فَخَطَبْتُ امْرَأَةً ، فَكُنْتُ أَتَخَبُّهَا ، حَتَّى رَأَيْتُ مِنْهَا
مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا ، فَتَزَوَّجْتُهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٣) . وَفِيهِ أَحَادِيثُ
كَثِيرَةٌ سِوَى هَذَا . وَلَأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ يَقْتَضِي التَّمْلِيكَ ، فَكَانَ لِلْعَاقِدِ النَّظْرُ
إِلَى الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، كَالْأَمَةِ الْمُسْتَامَةِ . وَلَا بَأْسَ بِالنَّظْرِ إِلَيْهَا بِإِذْنِهَا وَغَيْرِ

الإنصاف

وقيل : الْمُسْتَحَبُّ اثْنَانِ [٤/٣] كَمَا لَوْ لَمْ تُعَفَّ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ فَإِنَّهُ
قَالَ : يَقْتَرِضُ وَيَتَزَوَّجُ ، لَيْتَهُ إِذَا تَزَوَّجَ اثْنَتَيْنِ يُفْلِتُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ عَقِيلٍ
فِي « مُفْرَدَاتِهِ » . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « النَّهَائَةِ » : يُسْتَحَبُّ أَنْ يَزِيدَ عَلَى وَاحِدَةٍ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

قوله : وَيَجُوزُ لِمَنْ أَرَادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ النَّظْرُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . أَغْنَى أَنَّهُ يُبَاحُ . جَزَمَ

(١) في : المغني ٤٨٩/٩ .

(٢) سقط من : م .

(٣) في : باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٠ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٣٤ ، ٣٦٠ .

إِذْنُهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِالنَّظَرِ وَأُطْلِقَ ، وَفِي حَدِيثِ جَابِرٍ : فَكُنْتُ
[٧٩/٦] أَتَجَبُّ لَهَا . وَفِي حَدِيثِ الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ ، أَنَّهُ اسْتَأْذَنَ أَبُوبَيْهَا فِي
النَّظَرِ إِلَيْهَا ، فَكَرَّهَا ، فَأَذِنَتْ لَهُ الْمَرْأَةُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ^(١) . وَلَا تَجُوزُ الْخَلْوَةُ
بِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِغَيْرِ النَّظَرِ ، فَبَقِيَتْ عَلَى التَّحْرِيمِ ،
وَلِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مَعَ الْخَلْوَةِ مُوَاقَعَةُ ^(٢) الْمَحْظُورِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا
يَخْلُونَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ ، فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ » ^(٣) . وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا نَظَرٌ تَلَذُّذٍ
وَشَهْوَةٍ ، وَلَا لِرِيَّةٍ . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ : يَنْظُرُ إِلَى الْوَجْهِ ، وَلَا
يَكُونُ عَلَى طَرِيقٍ لَذَّةٍ . وَلَهُ تَكَرُّارُ النَّظَرِ إِلَيْهَا وَتَأْمُلُ مُحَاسِنِهَا ؛ لِأَنَّ

بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
و « الْكَافِي » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » ،
وغيرهم . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . وَقِيلَ : يُسْتَحَبُّ لَهُ
النَّظَرُ . جَزَمَ بِهِ أَبُو ^(٤) الْفَتْحِ الْحَلْوَانِيُّ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ،
وغيرهم . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : وَجَعَلَهُ ابْنُ عَقِيلٍ وَابْنُ الْجَوْزِيِّ
مُسْتَحَبًّا ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْحَدِيثِ . فَرَادَ ابْنُ الْجَوْزِيِّ . ^(٥) قَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي
« شَرْحِهِ » : يُسَنُّ إِجْمَاعًا . كَذَا قَالَ ^(٥) . وَأُطْلِقَ الْوَجْهَيْنِ ابْنُ خَطِيبٍ السَّلَامِيَّةُ ،

(١) في : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها . سنن سعيد بن منصور ١٤٦/١ .

(٢) في الأصل : « موافقة » .

(٣) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في كراهية الدخول على المغيبات ، من أبواب الرضاع ، وفي : باب ما جاء في لزوم الجماعة ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذی ٥ / ١٢١ ، ٩ / ٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ١٨ ، ٢٦ ، ٣ / ٣٣٩ ، ٤٤٦ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

الْمَقْصُودَ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِذَلِكَ .

فصل : ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها ؛ لأنه
ليس بعورة ، وهو مجمع المحاسن ، وموضع النظر . ولا يُباح له النظر
إلى ما لا^(١) يظهر عادة . وحكى عن الأوزاعي ، أنه ينظر إلى مواضع
اللحم . وعن داود ، أنه ينظر إلى جميعها ؛ لظاهر قوله عليه السلام :
« انظر إليها »^(٢) . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَلَا يُدِينُ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ
مِنْهَا ﴾^(٣) . روى عن ابن عباس ، أنه قال : هو الوجه وباطن الكف .
ولأن النظر أبيع للحاجة ، فيختص بما تدعو الحاجة إليه ، والحديث مطلق ،
ومن نظر إلى وجه إنسان سُمي ناظراً إليه ، ومن رآه وعليه ثيابه سُمي راياً
له ، قال الله تعالى : ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ ﴾^(٤) . فأما ما
يظهر غالباً سوى الوجه ؛ كالكفين^(٥) والقدمين ونحو ذلك مما تظهره

الإيناف

وقال : قلت : ويتعين تقييد ذلك بمن إذا خطبها غلب على ظنه إجابته إلى نكاحها .
وقاله ابن رجب في «تعليقه» على «المحرر» . ذكره عنه في «القواعد الأصولية» .

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣٠٦/٤ .
والنسائي ، في : باب إباحة النظر قبل التزويج ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب
النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٩/١ ، ٦٠٠ . والدارمي ، في :
باب الرخصة في النظر للمرأة عند الخطبة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٤/٢ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٢٤٤/٤ ، ٢٤٥ .

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) سورة المنافقون ٤ .

(٥) في النسختين : «والكفين» . وانظر المغنى ٤٩١/٩ .

المرأة في منزلها ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يُباح النَّظَرُ إليه ؛ لأنه عَوْرَةٌ ، فلم يُحَرِّم النَّظَرُ إليه ، كالذي لا يَظْهَرُ ، فإنَّ عبدَ اللَّهِ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ »^(١) . حديثٌ حسنٌ . ولأنَّ الحاجةَ تَدْفَعُ بالنَّظَرِ إلى الوجهِ ، فَبَقِيَ ما عَداه على التَّحْرِيمِ . والثانيةُ ، له النَّظَرُ إلى ذلك . قال أحمدُ في روايةِ حَنْبَلٍ : لا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إليها^(٢) وإلى ما يَدْعُوهُ إلى نِكَاحِها ؛ مِنْ يَدٍ أَوْ جِسْمٍ أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ . قال أبو بكرٍ : لا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إليها^(٣) عندَ الخطبةِ حاسِرةً . وقال الشافعيُّ : يَنْظُرُ إلى الوجهِ والكَفَّيْنِ . وَوَجْهُهُ جَوَازُ النَّظَرِ إلى^(٤) ما يَظْهَرُ غالبًا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا^(٥) أَذِنَ فِي النَّظَرِ

قلتُ : وهو كما قال ، وهو مُرادُ الإمامِ والأصحابِ قَطْعًا .

قوله : النَّظَرُ إلى وَجْهِها - يعني فقط - مِنْ غيرِ خَلْوَةٍ بها . هذا إحدَى الرواياتِ عن أحمدَ . جَزَمَ به في « البُلْعَةِ » ، و « الوجيزِ » ، و « نَظْمِ المُفْرَدَاتِ » . قال في « المَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : هذا أَصَحُّ الروايتينِ . وقَدَّمَهُ في « الهدايةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « إِذْرَاكِ الغَايَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنَايَةِ » . قال الزَّرْكَشِيُّ : صَحَّحَهَا القاضِي في « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وهو مِنْ مُفْرَدَاتِ المذهبِ . وعنه ، له النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ كالرَّقَبَةِ واليَدَيْنِ والقَدَمَيْنِ . وهو المذهبُ . قال في « تَجْرِيدِ العِنَايَةِ » : هذا أَصَحُّ .

(١) تقدم تخريجه في ٢٠٧/٣ .

(٢) (٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) بعده في الأصل : « جميع » .

(٤) سقط من : الأصل .

إليها من غير عِلْمِها ، عُلِمَ أَنَّهُ أَذِنَ فِي النَّظَرِ إِلَى جَمِيعِ مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ إِفْرَادُ الْوَجْهِ بِالنَّظَرِ مَعَ مِشَارَكَةِ غَيْرِهِ لَهُ فِي الظُّهُورِ ، وَلَأنَّهُ يَظْهَرُ غَالِبًا ، فَأُيِّحَ النَّظَرُ إِلَيْهِ كَالْوَجْهِ ، وَلَأنَّهَا امْرَأَةٌ أُيِّحَ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا بِأَمْرِ^(١) الشَّارِعِ ، فَأُيِّحَ النَّظَرُ مِنْهَا إِلَى ذَلِكَ ، كَذَوَاتِ الْمَحَارِمِ . وَقَدْ رَوَى سَعِيدُ^(٢) ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ، عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ، قَالَ :

وَنَصَرَهُ النَّاطِمُ . وَإِلَيْهِ مِثْلُ الْمُصَنَّفِ ، وَالشَّارِحِ ، وَحَمَلَ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ وَأَبَى بَكْرٍ الْآتِيَّ عَلَى ذَلِكَ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » . وَقِيلَ : لَهُ النَّظَرُ إِلَى الرَّقَبَةِ وَالْقَدَمِ وَالرَّأْسِ وَالسَّاقِ . وَعَنهُ ، لَهُ النَّظَرُ إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَيْنِ فَقَطْ . حَكَاهَا ابْنُ عَقِيلٍ . وَحَكَاهُ بَعْضُهُمْ قَوْلًا ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْيَدَيْنِ لَيْسَتَا مِنَ الْعَوْرَةِ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : وَهِيَ اخْتِيَارٌ مَنْ زَعَمَ ذَلِكَ . قَالَ الْقَاضِي فِي « التَّغْلِيْقِ » : الْمَذْهَبُ الْمَعْمُولُ عَلَيْهِ ، الْمَنْعُ مِنَ النَّظَرِ إِلَى مَا هُوَ عَوْرَةٌ وَنَحْوِهِ . قَالَ الشَّرِيفُ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » : وَجُوزَ أَبُو بَكْرٍ النَّظَرَ إِلَيْهَا فِي حَالِ كَوْنِهَا حَاسِرَةً . وَحَكَى ابْنُ عَقِيلٍ رِوَايَةً بِأَنَّ لَهُ النَّظَرَ إِلَى مَا عَدَا الْعَوْرَةَ الْمُعْلَظَةَ . ذَكَرَهَا فِي « الْمُفْرَدَاتِ » . وَالْعَوْرَةُ الْمُعْلَظَةُ هِيَ الْفَرْجَانِ . وَهَذَا مَشْهُورٌ عَنْ دَاوُدَ الظَّاهِرِيِّ .

تَنْبِيْهِ : حَيْثُ أَبْخْنَا لَهُ النَّظَرَ إِلَى شَيْءٍ مِنْ بَدَنِهَا ، فَلَهُ تَكَرُّارُ النَّظَرِ إِلَيْهِ وَتَأْمُلُ الْمَحَاسِنِ ، كُلُّ ذَلِكَ إِذَا أَمِنَ الشَّهْوَةَ . قَيَّدَهُ بِذَلِكَ الْأَصْحَابُ .

تَنْبِيْهِ آخَرُ : مُقْتَضَى قَوْلِهِ : وَيَجُوزُ لِمَنْ أَرَادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ . أَنَّ مَحَلَّ النَّظَرِ قَبْلَ

(١) فِي م : « مِنْ » .

(٢) فِي : بَابِ النَّظَرِ إِلَى الْمَرْأَةِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا . السَّنَنُ ١٤٧/١ . كَمَا أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ نِكَاحِ الصَّغِيرِينَ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُصَنَّفُ ١٦٣/٦ .

وَلَهُ النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ ، وَإِلَى الرَّأْسِ وَالسَّاقَيْنِ مِنَ الْأَمَةِ الْمُسْتَامَةِ ^{المنع} وَمِنْ ذَوَاتِ [٢٠١] مَحَارِمِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَنْظُرُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ ، إِلَّا الْوَجْهَ وَالْكَفَيْنِ .

الشرح الكبير

خَطَبَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ابْنَةَ عَلِيٍّ ، فَذَكَرَ مِنْهَا صِغَرًا ، فَقَالُوا لَهُ : إِنَّمَا رَدَّكَ . فَعَاوَدَهُ ، فَقَالَ : نُرْسِلُ بِهَا إِلَيْكَ تَنْظُرُ إِلَيْهَا . فَرَضِيهَا ، فَكَشَفَ عَنْ [٧٩/٦] سَاقِهَا . فَقَالَتْ : أُرْسِلْ ، لَوْلَا أَنَّكَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ لَلَطَمْتُ عَيْنَكَ .

٣٠٥٩ - مسألة : (وله النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ ، وَإِلَى الرَّأْسِ وَالسَّاقَيْنِ مِنَ الْأَمَةِ الْمُسْتَامَةِ وَمِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَنْظُرُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إِلَّا) إِلَى (الْوَجْهِ وَالْكَفَيْنِ) يَجُوزُ لَهُ النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ مِنَ الْأَمَةِ الْمُسْتَامَةِ

الْخِطْبَةِ . وَهُوَ صَحِيحٌ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَيَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ النَّظَرُ بَعْدَ الْعَزْمِ ^{الإنصاف} عَلَى نِكَاحِهَا ، وَقَبْلَ الْخِطْبَةِ .

فَإِذَا خَطَبَ رَجُلٌ امْرَأَةً ، سَأَلَ عَنْ جَمَالِهَا أَوْ لَا ، فَإِنْ حُمِدَ سَأَلَ عَنْ دِينِهَا ، فَإِنْ حُمِدَ تَزَوُّجٌ ، وَإِنْ لَمْ يُحْمَدْ يَكُونُ رَدُّهُ لِأَجْلِ الدِّينِ . وَلَا يَسْأَلُ أَوْ لَا عَنْ الدِّينِ ، فَإِنْ حُمِدَ سَأَلَ عَنْ الْجَمَالِ ، فَإِنْ لَمْ يُحْمَدْ رَدُّهَا ، فَيَكُونُ رَدُّهُ لِلْجَمَالِ لَا لِلدِّينِ . الثَّانِيَةُ ، قَالَ ابْنُ الْجَوَازِيِّ : وَمَنْ ابْتُلِيَ بِالْهَوَى فَارَادَ التَّزَوُّجَ ، فَلْيَجْتَهِدْ فِي نِكَاحِ التَّى ابْتُلِيَ بِهَا ، إِنْ صَحَّ ذَلِكَ وَجَازَ ، وَإِلَّا فَلْيَتَخَيَّرْ مَا يَظُنُّهُ مِثْلَهَا .

قوله : وله النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ ، وَإِلَى الرَّأْسِ وَالسَّاقَيْنِ مِنَ الْأَمَةِ الْمُسْتَامَةِ . يَعْْنِي لَهُ النَّظَرُ إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ، وَإِلَى الرَّأْسِ وَالسَّاقَيْنِ مِنْهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ

كما يَجُوزُ إِلَى مَنْ يُرِيدُ حِطْبَتَهَا ، قِيَاسًا عَلَيْهَا ، بَلِ الْأُمَّةُ الْمُسْتَمَاتَةُ أَوْلَى ؛
لأنَّهَا تُرَادُّ لِلِاسْتِمْتَاعِ وَغَيْرِهِ ، مِنَ التَّجَارَةِ فِيهَا ، وَحُسْنُهَا يَزِيدُ فِي ثَمَنِهَا .
فَأَمَّا ذَوَاتُ الْمَحَارِمِ ، فَيَجُوزُ النَّظَرُ مِنْهُنَّ إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ؛ كَالرَّقَبَةِ ،
وَالرَّأْسِ ، وَالْكَفَّيْنِ ، وَالْقَدَمَيْنِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، وَلَيْسَ لَهُ النَّظَرُ إِلَى مَا لَا
يَظْهَرُ غَالِبًا ، كَالصَّدْرِ وَالظَّهْرِ وَنَحْوِهِمَا . قَالَ الْأَثَرُمُ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ
عَنِ الرَّجُلِ يَنْظُرُ إِلَى شَعْرِ امْرَأَةٍ أَبِيهِ ، « فَقَالَ : هَذَا فِي الْقُرْآنِ : ﴿ وَلَا
يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾ . إِلَّا لَكَذَا وَكَذَا . قُلْتُ : فَيَنْظُرُ إِلَى سَاقِ امْرَأَةٍ أَبِيهِ^(١)
وَصَدْرِهَا ؟ قَالَ : لَا ، مَا يُعْجِبُنِي . ثُمَّ قَالَ : أَنَا أَكْرَهُ أَنْ يَنْظُرَ مِنْ أُمِّهِ وَأَخْتِهِ
إِلَى مِثْلِ هَذَا ، وَإِلَى كُلِّ شَيْءٍ لَشَهْوَةٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ حُكْمَ الرَّجُلِ
مَعَ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ حُكْمُ الرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ ، وَالْمَرْأَةُ مَعَ الْمَرْأَةِ . وَقَالَ
أَبُو بَكْرٍ : كَرَاهِيَةُ أَحْمَدَ النَّظَرُ إِلَى سَاقِ أُمِّهِ وَصَدْرِهَا عَلَى التَّوَقُّي ؛ لِأَنَّهُ يَدْعُو
إِلَى الشَّهْوَةِ . يَعْنِي أَنَّهُ يُكْرَهُ وَلَا يَحْرُمُ . وَمَعَ الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ،
وَالضَّحَّاكِ ، النَّظَرُ إِلَى شَعْرِ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ
أَحْمَدَ . « وَرَوَى عَنْ هَنْدٍ^(٢) بِنْتُ الْمُهَلَّبِ ، قَالَتْ : قُلْتُ لِلْحَسَنِ : يَنْظُرُ

الشرح الكبير

فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي
« الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَعَنْهُ ، يَنْظُرُ سِوَى عَوْرَةِ

الإنصاف

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

وهي هند بنت المهلب بن أبي صفرة ، زوج الحجاج بن يوسف الثقفي ، من ربات الرأي والعقل والفصاحة
والبلاغة ، حدثت عن أبيها والحسن البصري ، وحكى عنها حجاج ومحمد ابنا أبي عتبة بن المهلب . أعلام النساء
٢٥٤/٥ - ٢٥٦ .

الشرح الكبير

الرجل إلى قُرْطِ أَخِيهِ ، أو ^(١) إلى عُنُقِهَا؟ قال: لا، ولا كَرَامَةً. وقال الصَّحَّاحُ ^(٢): لو دَخَلْتُ على أُمِّي، لَقُلْتُ: أَيُّهَا الْعَجُوزُ، غَطِّي شَعْرَكَ. والصَّحِيحُ إِبَاحَةُ النَّظَرِ إلى ما يَظْهَرُ غَالِبًا؛ لقولِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾. الآية. وقالت سَهْلَةُ بنتُ ^(٣) سُهَيْلٍ: يا رسولَ اللَّهِ، إِنَّا كُنَّا نَرَى سَالِمًا وَلَدًا، فكان يَأْوِي معي ومع أُمِّي حُذَيْفَةَ في بَيْتٍ واحدٍ، ويراني فَضْلًا، وقد أنزَلَ اللَّهُ فِيهِمْ ما قد عَلِمْتُ، فكيف تَرَى فيه؟ فقال النَّبِيُّ ﷺ: «أَرْضِعِيهِ». فَأَرْضَعْتُهُ خَمْسَ رَضَعَاتٍ، فكان بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهَا. رواه مُسْلِمٌ بمعناه، وأبو داودَ، «وغيرُهُ». وهذا دَلِيلٌ على أَنَّهُ كان يَنْظُرُ منها إلى ما يَظْهَرُ غَالِبًا، فإنَّها قالت: يراني فَضْلًا. ومعناه في ثِيَابِ الْبِدَلَةِ التي لا تَسْتُرُ أَطْرَافَهَا. قال امرؤُ الْقَيْسِ ^(٥):
فَجِئْتُ وقد نَصْتُ لِنَوْمِ ثِيَابِهَا ^(٦) لَدَى السُّتْرِ ^(٧) إِلَّا لِبَسَةِ الْمُتَفَضِّلِ

الصَّلَاقِ. جَزَمَ به في «الكافي»، فقال: ويجوزُ لِمَنْ أَرَادَ شِرَاءَ جَارِيَةٍ النَّظَرَ منها إلى ما عَوَّرَتْها. وقيل: يَنْظُرُ غيرَ ما بين [٤/٣] السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ. قال النَّازِمُ:

(١) في الأصل: «و».

(٢) سقط من: م.

(٣) في م: «بن».

(٤ - ٤) سقط من: م. وأخرجه مسلم، في: باب رضاعة الكبير، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ١٠٧٦/٢، ١٠٧٧. وأبو داود، في: باب من حُرِّمَ به [أي برضاة الكبير]، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٧٥/١، ٤٧٦. كما أخرجه النسائي، في: باب رضاع الكبير، من كتاب النكاح. المجتبى ٨٦/٦، ٨٧. والإمام مالك، في: باب ما جاء في الرضاة بعد الكبر، من كتاب الرضاع. الموطأ ٦٠٥/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٧٤/٦، ٢٠١، ٢٢٨، ٢٤٩، ٢٦٩.

(٥) البيت من معلقته في ديوانه ١٤.

(٦ - ٦) في الأصل: «ولم يبق».

ومثل هذا يَظْهَرُ منه الأَطْرَافُ والشَّعْرُ ، فكان يراها كذلك ؛ إذ^(١) اعتَقَدَتْه وَلَدًا ، ثم دَلَّهم النَّبِيُّ ﷺ على ما يَسْتَدِيمُونَ به ما كانوا يَعْتَقِدُونَهُ وَيَفْعَلُونَهُ . وروى الشافعي في « مُسْنَدِهِ »^(٢) ، عن زينب بنت أبي سلمة^(٣) ، أَنَّهَا ارْتَضَعَتْ مِنْ أَسْمَاءَ امْرَأَةَ الزُّبَيْرِ . قالت : فكنْتُ أراه أَبَا ، وكان يَدْخُلُ عَلَيَّ وَأَنَا أَمْشُطُ [٨٠/٦] رَأْسِي ، فَيَأْخُذُ بَعْضَ قُرُونِ رَأْسِي ويقولُ : أَقْبِلِي عَلَيَّ . ولأنَّ التَّحَرُّزَ مِنْ هذا لا يُمَكِّنُ ، فإِيجِبُ كالْوَجْهِ . وما لا يَظْهَرُ غَالِبًا لا يُبَاحُ ؛ لأنَّ الْحَاجَةَ لا تَدْعُو إِلَيْهِ ، ولا تُؤْمِنُ معه الشَّهْوَةُ ومُوَاقَعَةُ الْمُخْطُورِ ، فَحَرُمَ النَّظَرُ إِلَيْهِ كما تَحْتَ الشَّرَّةِ .

فصل : وذَوَاتِ مَحَارِمِهِ ؛ كُلُّ مَنْ حَرَّمَ نِكَاحُهَا عَلَى التَّائِيدِ ، بِسَبَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ، أَوْ تَحْرِيمِ الْمُصَاهَرَةِ بِسَبَبٍ^(٤) مُبَاحٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ سَالِمٍ وَزَيْنَبَ . وعن عائشة ، أَنَّ أَفْلَحَ أَخَا أَبِي الْقَعِيسِ^(٥) ،

هذا الْمُقَدَّمُ . وقيل : حُكْمُهَا فِي النَّظَرِ كَالْمَخْطُوبَةِ . ونقل حَنْبَلٌ ، لا بِأَسْ أَنْ يُقْلَبَها إِذَا أَرَادَ شِرَاءَها مِنْ فَوْقِ ثِيَابِها ؛ لِأَنَّها لَأَحْرَمَةٌ لَهَا . قال القاضى : أَجَازَ تَقْلِيبَ الظَّهْرِ وَالصُّبْدَرِ ، بِمَعْنَى لَمْسِهِ مِنْ فَوْقِ الثِّيَابِ .

قوله : وَمِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ . يَعْنِي يَجُوزُ لَهُ النَّظَرُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ إِلَى مَا لَا يَظْهَرُ غَالِبًا ، وَإِلَى الرَّأْسِ وَالسَّاقَيْنِ . وهذا المذهبُ ، وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . واعْلَمْ

(١) في النسختين : « إذا » ، وانظر المغنى ٤٩٣/٩ .

(٢) في : باب فيما جاء في الرضاع ، من كتاب النكاح . ترتيب المسند ٢٥/٢ .

(٣) في م : « مسلمة » .

(٤) في الأصل : « وبسبب » .

(٥) في م : « القيس » .

الشرح الكبير : استأذن عليها بعدما أنزل الحجاب ، فأبت أن تأذن له ، فقال النبي ﷺ : « ائذنني له ، فإنه عمك ، تربت يمينك »^(١) . وقد ذكر الله تعالى آباء بُعُولَتِهِنَّ^(٢) وأبناء بُعُولَتِهِنَّ^(٣) ، كما ذكر آباءَهُنَّ وأبناءَهُنَّ في إبداء الزينة لهم . وتوقف أحمد عن النظر إلى شعر أم المرأة وبنتها ؛ لأنهما غير مذكورتين في الآية . قال القاضي : إنما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذه . وقد صرح في رواية المروزي أنه محرم يجوز له المسافرة بها . وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته ، فله أن يرى شعرها ومحاسنها ، ليست مثل التي يزني^(٤) بها ، لا يحل له

أن حكم ذوات محاربه حكم الأمة المستامة في النظر ، خلافاً ومذهباً ، على الصحيح من المذهب . وقطع به الأكثر . وعنه ، لا ينظر من ذوات محاربه إلى غير الوجه . ذكرها في « الرعاية » وغيرها . وعنه ، لا ينظر منهن إلا إلى الوجه والكفين .

(١) أخرجه البخاري ، في : باب قوله : ﴿ إن تبدوا شيئاً ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع ، من كتاب النكاح ، وفي : باب قول النبي ﷺ : تربت يمينك ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١٥٠/٦ ، ٤٩/٧ ، ٤٥/٨ . ومسلم ، في : باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٦٩/٢ ، ١٠٧٠ . وأبو داود ، في : باب في لبن الفحل ، من كتاب الرضاع . سنن أبي داود ٤٧٤/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٨٩/٥ . وابن ماجه ، في : باب لبن الفحل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٧/١ . والدارمي ، في : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٦/٢ . والإمام مالك ، في : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠١/٢ ، ٦٠٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧/٦ ، ٣٨ ، ١٧٧ ، ١٩٤ ، ٢١٧ ، ٢٧١ .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في م : « سري » .

المقنع وَلِلْعَبْدِ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا مِنْ مَوْلَاتِهِ .

الشرح الكبير

أبَدًا أَنْ يَنْظُرَ إِلَى شَعْرِهَا ، وَلَا إِلَى شَيْءٍ مِنْ جَسَدِهَا ، وَهِيَ حَرَامٌ عَلَيْهِ .
فصل : فَأَمَّا أُمُّ الْمَرْئِيَّ بِهَا وَابْنَتُهَا ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهِنَّ وَإِنْ حُرِّمَ نِكَاحُهُنَّ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهُنَّ بِسَبَبٍ مُحَرَّمٍ ، فَلَمْ يُفَدْ إِبَاحَةُ النَّظَرِ ، كَالْمَحْرَمَةِ بِاللَّعَانِ . وَكَذَلِكَ بِنْتُ الْمُوطُوعَةِ بِشُبْهَةِ وَأُمُّهَا ، لَيْسَتْ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ . وَكَذَلِكَ الْكَافِرُ لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ لِقَرَاتِهِ الْمُسْلِمَةِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ أَسْلَمَتْ بِنْتُهُ : لَا يُسَافِرُ بِهَا ، لَيْسَ هُوَ مُحَرَّمًا لَهَا . « وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِنَّمَا أَرَادَ أَنَّهُ لَيْسَ مُحَرَّمًا لَهَا » فِي السَّفَرِ ، أَمَّا النَّظَرُ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْحِجَابُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ أَبَا سُفْيَانَ أَتَى الْمَدِينَةَ وَهُوَ مُشْرِكٌ ، فَدَخَلَ عَلَى ابْنَتِهِ أُمِّ حَبِيبَةَ ، فَطَوَتْ فِرَاشَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِئَلَّا يَجْلِسَ عَلَيْهِ ، وَلَمْ تَحْتَجِبْ مِنْهُ ، وَلَا أَمَرَهَا بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ (١) .

٣٠٦٠ - مسألة : (وَلِلْعَبْدِ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا مِنْ مَوْلَاتِهِ) يَعْنِي إِلَى

الإنصاف

فائدتان ؛ إحداهما ، حُكْمُ الْمَرْأَةِ فِي النَّظَرِ إِلَى مَحَارِمِهَا حُكْمُهُمْ فِي النَّظَرِ إِلَيْهَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، ذَوَاتُ مَحَارِمِهِ ؛ مَنْ يَحُرِّمُ نِكَاحَهَا عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ بِنَسَبٍ أَوْ سَبَبٍ مُبَاحٍ ، فَلَا يَنْظُرُ إِلَى أُمِّ الْمَرْئِيَّ بِهَا ، وَلَا إِلَى ابْنَتِهَا ، وَلَا إِلَى بِنْتِ الْمُوطُوعَةِ بِشُبْهَةِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَصَاحِبُ « الْفَاتِحِ » ، وَغَيْرُهُمْ .

قوله : وَلِلْعَبْدِ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا مِنْ مَوْلَاتِهِ . يَعْنِي إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ . هَذَا أَحَدُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) انظر الطبقات الكبرى لابن سعد ٩٩/٨ ، ١٠٠ . وتاريخ الطبري ٤٦/٣ .

الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ . وَلِمَارَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مَكَاتِبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُودَى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » ^(١) . قَالَ التِّرْمِذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَعَنْ أَنَسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى فَاطِمَةَ بَعْدَ قَدْ وَهَبَهَا ، وَعَلَى فَاطِمَةَ ثَوْبٌ إِذَا قَنَعَتْ بِهِ رَأْسَهَا لَمْ يَبْلُغْ رِجْلَيْهَا ، وَإِذَا غَطَّتْ بِهِ رِجْلَيْهَا لَمْ يَبْلُغْ رَأْسَهَا ، فَلَمَّا رَأَى ^(٢) رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا تَلَقَّى ، قَالَ : « إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْكَ بَأْسٌ ، إِنَّمَا هُوَ أَبُوكَ وَغُلَامُكَ » ^(٣) . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَأَمَّا النَّظَرُ

الْقَوْلَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفَاتِقِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ لِلْعَبْدِ النَّظَرَ مِنْ مَوْلَاتِهِ إِلَى مَا يَنْظُرُ إِلَيْهِ الرَّجُلُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ خِلَافًا وَمَذْهَبًا . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » . وَعَنْهُ ، الْمَنْعُ مِنَ النَّظَرِ لِلْعَبْدِ مُطْلَقًا . نَقَلَهُ ابْنُ هَانِيٍّ . وَهُوَ قَوْلٌ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قَالَ الشَّارِحُ : وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ، وَمَا هُوَ بَيْعِدٍ . فَائِدَةٌ : قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ ، لَا يَنْظُرُ عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ ، وَلَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ أُمَّةً مُشْتَرَكَةً ؛ لِعُمُومِ مَنَعِ النَّظَرِ ، إِلَّا مِنْ عَبْدٍ هَاوَأَمَّتِهِ . انْتَهَى . وَقَالَ

(١) تقدم تخريجه في ٣٨٠/١٨ ، ١٩١/١٩ .

(٢) في م : « بلغ » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في : باب في العبد ينظر إلى شعر مولاته ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٣٧٣/٢ .

المقنع وَلِغَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ ، كَالْكَبِيرِ وَالْعَيْنِ وَنَحْوَهُمَا ، النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاحُ .

الشرح الكبير إلى شَعْرَهَا ، فَكَرِهَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَطَاوُسٌ ، وَمُجَاهِدٌ ، [٨٠/٦ ط] وَالْحَسَنُ . وَأَبَاخَهُ ابْنُ عَبَّاسٍ ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْآيَةِ وَالْخَبَرَيْنِ ، وَلَأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ لَيْسَتْ ذُنُوبُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَلْعَنُوا أَلْهَمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ﴾ إلى قوله : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوْفُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ (١) . وَلِأَنَّهُ يَشُقُّ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، فَأُبَيِّحُ لَهُ ذَلِكَ كَذَوِي الْحَارِمِ . وَجَعَلَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا كَالْأَجْنَبِيِّ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٣٠٦١ - مسألة : (وَلِغَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ ، كَالْكَبِيرِ وَالْعَيْنِ وَنَحْوَهُمَا ، النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاحُ) مَنْ لَا شَهْوَةَ لَهُ مِنَ الرِّجَالِ ، كَالْمُخَنَّثِ ، وَمَنْ ذَهَبَتْ شَهْوَتُهُ لِكِبَرٍ أَوْ عَنَّةٍ أَوْ مَرَضٍ لَا يُرْجَى

الإنصاف بعضُ الأصحاب : لِلْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ النِّسَاءِ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِهِنَّ ؛ لِوُجُودِ الْحَاجَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْجَمِيعِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، فَقَالَ : وَلِغَبْدٍ ، وَلَوْ مُبْعَعًا ، نَظَرُ وَجْهِ سَيِّدَتِهِ (٢) وَكَفَّيْهَا . وَذَكَرَ الْمُصَنِّفُ فِي « فِتَاوَاهِ » أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُنَّ جَمِيعُهُنَّ النَّظَرُ إِلَيْهِ ؛ لِحَاجَتِهِنَّ إِلَى ذَلِكَ ، بِخِلَافِ الْأَمَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَ رِجَالٍ ، لَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْهُمْ النَّظَرُ إِلَى غَوْرَتِهَا .

قوله : وَلِغَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ ، كَالْكَبِيرِ وَالْعَيْنِ وَنَحْوَهُمَا ، النَّظَرُ إِلَى

(١) سورة النور ٥٨ .

(٢) في الأصل ، ط : « سيدة » .

بُرُوهُ ، «أَوِ الشَّيْخِ الْخَصِيِّ»^(١) ، فحُكْمُهُ حُكْمُ ذِي الْمَحْرَمِ فِي النَّظَرِ ؛ لقول الله تعالى : ﴿أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾^(٢) . أَى غَيْرِ أُولَى الْحَاجَةِ إِلَى النَّسَاءِ . قاله ابنُ عباسٍ . وعنه ، هو الْمُخَنَّثُ الَّذِي لَا يَقُومُ زُيَّةٌ^(٣) . وعن مجاهدٍ وقَتَادَةَ ، الَّذِي لَا أَرْبَ لَهُ فِي النَّسَاءِ . فَإِنْ كَانَ الْمُخَنَّثُ ذَا شَهْوَةٍ ، وَيَعْرِفُ أَمْرَ النَّسَاءِ ، فحُكْمُهُ حُكْمُ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ عَائِشَةَ قَالَتْ : دَخَلَ عَلَى أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ مُخَنَّثٌ ، فَكَانُوا يَعُدُّونَهُ مِنْ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ ، فَدَخَلَ عَلَيْنَا النَّبِيُّ ﷺ وَهُوَ يَنْعَتُ امْرَأَةً ، أَنَّهَا إِذَا أَقْبَلَتْ أَقْبَلْتُ بِأَرْبَعٍ ، وَإِذَا أَدْبَرَتْ أَدْبَرْتُ بِثَمَانٍ . فقال النبي ﷺ : « أَلَا^(٤) أَرَى هَذَا يَعْلَمُ مَا هَهُنَا ؟ لَا يَدْخُلَنَّ عَلَيْكُمْ هَذَا » . فَحَجَّبُوهُ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ^(٥) . قال ابنُ عبدِ البرِّ : لَيْسَ الْمُخَنَّثُ الَّذِي تُعْرَفُ فِيهِ

ذلك . يَعْنِي إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . صَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . الإِنْصَافِ وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذْكِرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَائِقِ » . وَقِيلَ :

(١-١) فِي الْمَغْنَى ٥٠٣/٩ : « أَوِ الْخَصِيِّ أَوِ الشَّيْخِ » .

(٢) سُورَةُ النُّورِ ٣١ .

(٣) فِي م : « أَرِيهِ » .

(٤) فِي م : « لَا » .

(٥) فِي : بَابُ فِي قَوْلِهِ : ﴿ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْبَلَّاسِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٣٨٣/٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ غَزْوَةِ الطَّائِفِ فِي شَوَّالٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٩٨ / ٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْعِ الْمُخَنَّثِ مِنَ الدَّخُولِ عَلَى النِّسَاءِ الْأَجَانِبِ ، مِنْ كِتَابِ السَّلَامِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٧١٦ / ٤ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ فِي الْخَثِثَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةٍ ٦١٣ / ١ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمُؤَنَّثِ مِنَ الرِّجَالِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْوَصِيَّةِ . الْمُوطَأُ ٧٦٧ / ٢ .

الشرح الكبير
 الفاجشة خاصة ، وإنما التخنيث شدة التأنيث في الخلقة ، حتى يشبه المرأة في اللين ، والكلام ، والنعمة ، والنظر ، والعقل ، فإذا كان كذلك ، لم يكن له في النساء إرب ، وكان لا يفطن لأموال النساء ، فهو من غير أولى الإربة الذين أبيح^(١) لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يمنع ذلك المحدث من الدخول على نسائه^(٢) ، فلما سمعه يصف ابنة غيلان ، وفهم أمر النساء ، أمر بحجبه . وعنه ، لا يباح ؛ لأنه ذكر بالبع أجنبي ، فلم يباح له ذلك ، كالذي له إرب .

الإنصاف
 حكمهم حكم العبد مع سيّدته في النظر . وهو المذهب . قدّمه في « الفروع » . قال في « الكافي » ، و « المغني » : حكمهم حكم ذى المحرم في النظر . وقطع به . وقيل : لا يباح لهم النظر مطلقاً . وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، وغيرهم .

تنبيه : ظاهر كلام المصنّف وكثير من الأصحاب ، أن الخصى والمجبوب لا يجوز لهما النظر إلى الأجنبية . وهو صحيح ، وهو المذهب . قال الأثرم : استعظم الإمام أحمد إدخال الخصى على النساء . وقدّمه في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » . قال ابن عقيل : لا يباح خلوة النساء بالخصيان ولا بالمجبوبين ؛ لأن العضو وإن تعطل أو عديم ، فشهوة الرجال لا تزول من قلوبهم ، ولا يؤمن التمتع بالقبل وغيرها ، وكذلك لا يباح خلوة الفحل بالرتقاء من النساء لهذه العلة . انتهى . وقيل : هما كذى محرم . وهو احتمال في

(١) في م : « لم يباح » .

(٢) في م : « النساء » .

وَلِلشَّاهِدِ وَالْمُبْتَاعِ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهَا وَمَنْ تَعَامِلُهُ .
المقنع

الشرح الكبير

٣٠٦٢ - مسألة : (وللشَّاهِدِ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهَا)
لتكون الشَّهادة واقعة على عَيْنِهَا . قال أحمدُ : لا يَشْهَدُ على امرأةٍ إِلَّا أَنْ
يكونَ قد عَرَفَهَا بعَيْنِهَا . وكذلك مَنْ يُعَامِلُ^(١) المرأةَ في بَيْعٍ أو إِجَارَةٍ ،
فله النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا ، لِيَعْرِفَهَا بعَيْنِهَا ، فَيَرْجِعَ عَلَيْهَا بِالذِّكْرِ^(٢) . وقد
رَوَى عَنْ أَحْمَدَ كَرَاهَةً ذَلِكَ فِي حَقِّ الشَّابَّةِ دُونَ الْعُجُوزِ . وَلَعَلَّهُ كَرِهَهُ لِمَنْ
يَخَافُ الْفِتْنَةَ ، أَوْ يَسْتَعْنِي عَنِ الْمُعَامَلَةِ ، فَأَمَّا مَعَ الْحَاجَةِ وَعَدَمِ الشَّهْوَةِ ،
فلا بَأْسَ .

« الْهِدَايَةِ » . قال في « الْفُرُوعِ » : ونَصُّهُ : لا . وقال في « الْإِنْصَافِ » : الْخِصْيُ
يَكْسِرُ النَّشَاطَ ؛ وَلِهَذَا يُؤْمَنُ عَلَى الْحَرَمِ .

قوله : [٥/٣] وللشَّاهِدِ وَالْمُبْتَاعِ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهَا وَمَنْ تَعَامِلُهُ .
هذا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ،
و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ » ،
وغيرِهِمْ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى وَجْهِهَا وَكَفِّهَا ، إِذَا كَانَتْ تَعَامِلُهُ .
وذكر ابنُ رَزِينٍ أَنَّ الشَّاهِدَ وَالْمُبْتَاعَ يَنْظُرَانِ إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا .

فائدة : الْحَقُّ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » الْمُسْتَأْجَرُ بِالشَّاهِدِ
وَالْمُبْتَاعِ . زَادَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » الْمُؤْجَرُ وَالْبَائِعُ . وَنَقَلَ حَرْبٌ وَمُحَمَّدُ بْنُ
أَبِي حَرْبٍ ، فِي الْبَائِعِ يَنْظُرُ كَفَّهَا وَوَجْهَهَا : إِنْ كَانَتْ عُجُوزًا رَجَوْتُ ، وَإِنْ كَانَتْ
شَابَّةً تَشْتَهَى أَكْرَهُ ذَلِكَ .

(١) فِي م : « يَقَابِلُ » .

(٢) الدِّرْكُ ، بِفَتْحَتَيْنِ وَيُسَكَّنُ : التَّبَعَةُ .

وَلِلطَّبِيبِ النَّظَرُ إِلَى مَا تَدْعُو الْحَاجَّةُ إِلَى نَظَرِهِ .
وَلِلصَّبِيِّ الْمُمِيزِ غَيْرِ ذِي الشَّهْوَةِ النَّظَرُ إِلَى مَا فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحْتَ
الرُّكْبَةِ .

الشرح الكبير

٣٠٦٣ - مسألة : (وَلِلطَّبِيبِ النَّظَرُ إِلَى مَا تَدْعُو الْحَاجَّةُ إِلَى نَظَرِهِ)
إِلَيْهِ مِنْ بَدَنِهَا ، مِنَ الْعَوْرَةِ وَغَيْرِهَا ؛ فَإِنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ
النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا حَكَّمْ سَعْدًا فِي بَنِي قُرَيْظَةَ ، كَانَ يَكْشِفُ عَنْ
مُوتَزَرِهِمْ ^(١) . وَعَنْ عَثْمَانَ ، أَنَّهُ أَتَى بَغْلَامٍ قَدْ [٨١/٦] سَرَقَ ، فَقَالَ :
انْظُرُوا إِلَى مُوتَزَرِهِ . فَلَمْ يَجِدُوهُ أَنْبَتَ الشَّعَرِ ، فَلَمْ يَقْطَعْهُ ^(٢) .

٣٠٦٤ - مسألة : (وَلِلصَّبِيِّ الْمُمِيزِ غَيْرِ ذِي الشَّهْوَةِ النَّظَرُ)
مِنْ ^(٣) الْمَرَأَةِ (إِلَى مَا فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحْتَ الرُّكْبَةِ) فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ ؛

الإنصاف

تنبيه : إِبَاحَةُ نَظَرِ هَؤُلَاءِ مُقَيَّدٌ بِحَاجَتِهِمَا .

فائدة : مَنْ ابْتُلِيَ بِخِدْمَةِ مَرِيضٍ أَوْ مَرِيضَةٍ ؛ فِي وُضْوءٍ أَوْ اسْتِنْجَاءٍ أَوْ غَيْرِهَا ،
فَحُكْمُهُ حُكْمُ الطَّبِيبِ فِي النَّظَرِ وَالْمَسِّ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَكَذَا لَوْ حَلَقَ عَانَةً مَنْ لَا يُحْسِنُ
حَلْقَ عَانَتِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو الْوَفَاءِ ، وَأَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ .
قوله : وَلِلصَّبِيِّ الْمُمِيزِ غَيْرِ ذِي الشَّهْوَةِ النَّظَرُ إِلَى مَا فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحْتَ الرُّكْبَةِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَوْرَاتِهِمْ » .

وَالْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٨٤/١٠ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْبُلُوغِ بِالْإِنْبَاتِ ، مِنْ كِتَابِ الْحَجَرِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٥٨/٦ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ،
فِي : بَابِ لَا حُدَّ عَلَى مَنْ لَمْ يَلِغِ الْحَلْمَ وَوَقْتُ الْحَلْمِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، وَفِي : بَابِ لَا قَطْعَ عَلَى مَنْ لَمْ يَحْتَلَمْ ، مِنْ كِتَابِ
الْأَلْفَةِ . الْمُصَنَّفُ ٧ / ٣٣٨ ، ١٠ / ١٧٧ ، ١٧٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الْغُلَامِ يَسْرِقُ أَوْ يَأْتِي الْحَدَّ ، مِنْ
كِتَابِ الْحُدُودِ . الْمُصَنَّفُ ٩ / ٤٨٥ .

(٣) فِي م : « إِلَى » .

فَإِنْ كَانَ ذَا شَهْوَةٍ ، فَهُوَ كَذَى الْمَحْرَمِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ .
المقنع

الشرح الكبير

لأن الله تعالى قال : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوْفُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ ﴾ ^(١) . وقال : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﴾ ^(٢) . فدلَّ على التَّفْرِيقِ بَيْنَ البالغِ وغيره . قال أبو عبد الله : حَجَمَ أَبُو طَيْبَةَ أَزْوَاجَ النَّبِيِّ ﷺ وَهُوَ غُلَامٌ ^(٣) . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، حُكْمُهُ حُكْمُ ذِي الْمَحْرَمِ فِي النَّظَرِ ، إِذَا كَانَ ذَا شَهْوَةٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ الْأَطْفَالُ الَّذِينَ لَمْ يُظْهَرُوا عَلَى عَوْرَتِ النِّسَاءِ ﴾ ^(٤) . قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : مَتَى تُعْطَى الْمَرْأَةُ رَأْسُهَا مِنَ الْغُلَامِ ؟ قَالَ : إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ .

٣٠٦٥ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ ذَا شَهْوَةٍ ، فَهُوَ كَذَى الْمَحْرَمِ)
لقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ ﴾ . الآية (وعنه ، أنه

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، هو كالمحرم . وأُطْلِقَ فِي « الْكَافِي » ،
الإنصاف
فِي الْمُمَيِّزِ ^(٥) رَوَاتَيْنِ .

قوله : فَإِنْ كَانَ ذَا شَهْوَةٍ فَهُوَ كَذَى الْمَحْرَمِ . وهو المذهب . اختاره ابنُ

(١) سورة النور ٥٨ .

(٢) سورة النور ٥٩ .

(٣) انظر : ما أخرجه مسلم ، في : باب لكل داء دواء واستحياب التداوى ، من كتاب السيلام . صحيح مسلم .

٤ / ١٧٣٠ . وأبو داود ، في : باب في العبد ينظر إلى شعر مولاه ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٢ / ٣٨٣ .

وابن ماجه ، في : باب الحجامة ، من كتاب الطب . سنن ابن ماجه ٢ / ١١٥١ ، ١١٥٢ . والإمام أحمد ، في :

المسند ٣ / ٣٥٠ .

(٤) سورة النور ٣١ .

(٥) في ط ، ١ : « المميّزة » .

كَلَّا جَنَبِيٍّ) لَّأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَالِغِ فِي الشَّهْوَةِ ، وَهُوَ الْمَعْنَى الْمُقْتَضِي لِلْحِجَابِ وَتَحْرِيمِ النَّظَرِ ، وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ الطُّفْلُ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَتِ النِّسَاءِ ﴾ . فَأَمَّا الْغُلَامُ الطُّفْلُ غَيْرُ الْمُمَيِّزِ ، فَلَا يَجِبُ الْاسْتِتَارُ مِنْهُ فِي شَيْءٍ .

الشرح الكبير

عَبْدُوسُ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ كَلَّا جَنَبِيٍّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » . وَقِيلَ : كَالطُّفْلِ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قُلْتُ : وَهُوَ ضَعِيفٌ جَدًّا . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » : فَهُوَ كَذِي مَحْرَمٍ . وَعَنْهُ ، كَأَجْنَبِيٍّ . وَعَنْهُ ، كَأَجْنَبِيٍّ بِالْغِ .

الإنصاف

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، حُكْمُ بِنْتِ تِسْعٍ حُكْمُ الْمُمَيِّزِ ذِي الشَّهْوَةِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ قَوْلَ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، رِوَايَةً عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ ^(١) ، فَلَا تَكْشِفُ إِلَّا وَجْهَهَا وَيَدَيْهَا » ^(٢) . وَنَقَلَ جَعْفَرٌ ، فِي الرَّجُلِ عِنْدَهُ الْأَرْمَلَةُ وَالتَّيْمَةُ ، لَا يَنْظُرُ . وَأَنَّهُ لَا بَأْسَ بِنَظَرِ الْوَجْهِ بِلَا شَهْوَةٍ . الثَّانِيَةُ ، لَا يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَى عَوْرَةِ الطُّفْلِ وَالطُّفْلَةِ قَبْلَ السَّبْعِ ، وَلَا لَمَسُهَا . نَصَّ عَلَيْهِ . نَقَلَ الْأَثَرُ ، فِي الرَّجُلِ يَضَعُ الصَّغِيرَةَ فِي حِجْرِهِ وَيُقَبِّلُهَا ، إِنْ لَمْ يَجِدْ شَهْوَةً فَلَا بَأْسَ . وَلَا يَجِبُ سَتْرُهُمَا مَعَ أَمْنِ الشَّهْوَةِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي » .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « الْحَيْضُ » .

(٢) سَيَأْتِي تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٦٣ .

وَلِلْمَرْأَةِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَالرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ ، النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ
السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الْكَافِرَةَ مَعَ الْمُسْلِمَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ .

الشرح الكبير

٣٠٦٦ - مسألة : (وللمرأة مع المرأة ، والرجل مع الرجل ،
النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ . وعنه ، أَنَّ الْكَافِرَةَ مَعَ الْمُسْلِمَةِ
كَالْأَجْنَبِيِّ) يَجُوزُ لِلرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ النَّظَرُ مِنْ صَاحِبِهِ إِلَى مَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ .
وفيهما روايتان ؛ إحداهما ، ما بين السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ . والأخرى ، الْفَرْجَانِ .
وقد ذَكَرْنَاهُمَا فِي بَابِ سِتْرِ الْعَوْرَةِ ^(١) . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَمْرَدِ وَذِي اللَّحْيَةِ ،
إِلَّا أَنَّ الْأَمْرَدَ إِذَا كَانَ جَمِيلًا ، يُخَافُ الْفِتْنَةَ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ ، لَمْ يَجْزُ تَعَمُّدُ النَّظَرِ

الإيضاح

الصَّغِيرِ . وقال في « الفائق » : وَلَا بَأْسَ بِالنَّظَرِ إِلَى طِفْلَةٍ غَيْرِ صَالِحَةٍ لِلنِّكَاحِ
بِغَيْرِ شَهْوَةٍ . وهل هو مَحْدُودٌ بِدُونِ السَّبْعِ ، أَوْ بِدُونِ مَا تُشْتَهَى غَالِبًا ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ .

قوله : وَلِلْمَرْأَةِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَالرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ ، النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ
وَالرُّكْبَةِ . يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ النَّظَرُ مِنَ الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ
وَالرُّكْبَةِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَالْمُصَنَّفُ هُنَا ، وَصَاحِبُ « الرَّعَايَةِ الصَّغِيرَى » ، وَ « الْحَاوِي
الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي
« الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهَا لَا تَنْظَرُ مِنْهَا إِلَّا إِلَى غَيْرِ الْعَوْرَةِ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
وَ « الْمُنَوَّرِ » . وَلَعَلَّ مَنْ قَطَعَ أَوَّلًا أَرَادَ هَذَا . لَكِنَّ صَاحِبَ « الرَّعَايَةِ » غَايَرَ بَيْنَ

(١) في ٢٠٠/٣ .

إليه . فقد روى عن الشعبي ، قال : قَدِمَ وَقَدُ عبدِ القَيْسِ على النبي ﷺ ، وفيهم غلامٌ أَمَرْدُ ، ظاهرُ الوضاعةِ ، فأجلسه النبي ﷺ وراءَ ظهره . رواه أبو حَفْصٍ^(١) . قال المَرُوذِيُّ : سَمِعْتُ أبا بكرٍ الأَعْيَنَ^(٢) يقولُ : قَدِمَ علينا إنسانٌ من خُراسانَ ، صَدِيقٌ لأبي عبدِ اللهِ ، ومعه غلامٌ ابنُ أختِ

الشرح الكبير

الْقَوْلَيْنِ .^(٣) وهو الظاهرُ^(٤) .^(٥) ومُرَادُهُم بَعُورَةُ الْمَرَاةِ هنا كَعُورَةِ الرَّجُلِ على الخِلافِ . صرَّحَ به الزَّرَكَنِيُّ في « شَرْحِ الْوَجِيزِ »^(٦) . وأمَّا الْكَافِرَةُ مع الْمُسْلِمَةِ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ حُكْمَهَا حُكْمُ الْمُسْلِمَةِ مع الْمُسْلِمَةِ . جَزَمَ به في « الْوَجِيزِ » وغيره . وقَدَّمَهُ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَرَاهُ . وصَحَّحَهُ في « الْكَافِي » . وقَدَّمَهُ في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِحِ » ، وغيرِهِمْ . وعنه ، لا تَنْظُرُ الْكَافِرَةُ مِنَ الْمُسْلِمَةِ مَا لَا يَظْهَرُ غَالِبًا . وعنه ، هِيَ مَعَهَا كَالْأَجَنَبِيِّ . قَدَّمَهُ في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وقالوا : نَصَّ عَلَيْهِ . وقَطَعَ به الْحَلَوَانِيُّ في « التَّبَصُّرَةِ » . واسْتَشْنَى الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى ، على هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، الْكَافِرَةَ الْمَمْلُوكَةَ لِمُسْلِمَةٍ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ تَظْهَرَ على مَوْلَانِهَا كَالْمُسْلِمَةِ . وأُطْلِقَهُمَا في « الْمَذْهَبِ » .

الإنصاف

(١) قال ابن حجر : إسناده واه ، انظر : باب ماجاء في استحباب النكاح ، من كتاب النكاح . التلخيص ١٤٨/٣ . وإرواء الغليل ٢١٢/٦ .

(٢) هو محمد بن أبي عتاب الحسن بن طريف البغدادي ، الأعين ، أبو بكر . الإمام الحافظ الثبت ، قال عنه أحمد : إني لأعظمه ، مات وما يعرف إلا الحديث ، ولم يكن صاحب كلام . توفي سنة أربعين ومائتين . سير أعلام النبلاء ١١٩/١٢ ، ١٢٠ .

(٣ - ٣) سقط من : ط .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

له ، وكان جميلاً ، فَمَضَى إلى أبنى عبدِ اللهِ فَحَدَّثَهُ ، فَلَمَّا قُمْنَا ^(١) خَلَا بالرجل ^(٢) ، وقال له : مَنْ هذا الغلامُ منك ؟ قال : ابنُ أُختي . قال : إذا جِئْتَنِي لَا يَكُونُ مَعَكَ ، والذي أَرَى لك أن ^(٣) لَا يَمْشِي مَعَكَ فِي طَرِيقٍ . فَأَمَّا الغلامُ قَبْلَ السَّبْعِ ، فَلَا عَوْرَةَ لَهُ يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَيْهَا . وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، ^(٤) عَنْ أَبِيهِ ^(٥) ، قَالَ : كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ ، قَالَ : فَجَاءَ الْحَسَنُ ، فَجَعَلَ يَتَمَرَّغُ عَلَيْهِ ، فَرَفَعَ مُقَدِّمَ قَمِيصِهِ ، أَرَاهُ ^(٦) قَالَ : فَقَبَّلَ زُبَيْتَهُ ^(٧) . رَوَاهُ أَبُو حَفْصٍ ^(٨) .

فصل : وَحُكْمُ الْمَرْأَةِ مَعَ الرَّجُلِ وَالرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ سَوَاءً ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسْلِمَتَيْنِ ^(٩) ، وَبَيْنَ الْمُسْلِمَةِ مَعَ ^(١٠) الْكَافِرَةِ ، كَمَا لَا فَرْقَ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ ، وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ ، فِي النَّظَرِ . قَالَ أَحْمَدُ : ذَهَبَ بَعْضُ

فائدة : يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْكَافِرَةُ قَابِلَةً لِلْمُسْلِمَةِ لِلضَّرُورَةِ ، وَإِلَّا فَلَا . نَصَّ عَلَيْهِ [٥/٣] . وَأَمَّا الرَّجُلُ مَعَ الرَّجُلِ ، وَلَوْ كَانَ أَمْرَدَ ، فَلِمَذْهَبٍ ، أَنَّهُ ^(١١) لَا يَنْظُرُ مِنْهُ إِلَى مَا بَيْنَ السَّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ ^(١٢) . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ »

(١ - ١) في م : « جاء إلى الرجل » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من النسختين . وانظر المغني ٥٠٥/٩ .

(٤) في الأصل : « إزاره » .

(٥) في م : « أسفه » .

(٦) تقدم تخريجه في ٣٢/٢ .

(٧) في الأصل : « المسلمين » .

(٨) في م : « و » .

(٩ - ٩) في ط : « ينظر منه إلى غير العورة » .

الناس إلى أنها لا تصنع خمارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فاذهبُ إلى أنها لا تنظرُ إلى الفرج ، ولا تقبلُها [٨١/٦ ظ] حين تلدُ . وعن أحمد رواية أخرى ، أن المسلمة لا تكشفُ قناعها عند الذميمة ، ولا تدخلُ معها الحمام . وهو قول مكحول ، وسليمان بن موسى ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ ﴾ ^(١) . والأول أولى ؛ لأن النساء الكوافر ^(٢) من اليهوديات وغيرهن ، قد كنَّ يدخلن على نساء النبي ﷺ ، فلم يكنَّ يُحجبن ، ولا أمرن بحجاب ، وقد قالت عائشة : جاءت يهودية تسألها ، فقالت : أعاذك الله من عذاب القبر : فسألت عائشة رسول الله ﷺ . وذكر الحديث ^(٣) . وقالت أسماء : قدمت على أمي ، وهي راغبة - يعنى

وغيره . وقدمه ^(٤) في « الرعاية الكبرى » ، وقال ^(٥) : وقيل : ينظرُ غير العورة . فيَحْتَمِلُ أنه كالأول ، لكن عند صاحب « الرعاية » أنه أعم من الأول .

(١) بعده في م : « أئى » .

(٢) سورة النور ٣١ .

(٣) سقط من : م .

(٤) أخرجه البخارى ، في : باب التعوذ من عذاب القبر ، وباب صلاة الكسوف في المسجد ، من كتاب الصلاة . وفي : باب ما جاء في عذاب القبر ، من كتاب الجنائز . صحيح البخارى ٤٥/٢ ، ٤٧ ، ١٢٣ . ومسلم ، في : باب ذكر عذاب القبر في صلاة الكسوف ، من كتاب الكسوف . صحيح مسلم ٦٢١/٢ ، ٦٢٢ . والنسائي ، في : باب نوع آخر ، من كتاب الكسوف . المجتبى ١٠٩/٣ ، ١١٠ . والدارمي ، في : باب الصلاة عند الكسوف ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ٣٥٩/١ . والإمام مالك ، في : باب العمل في صلاة الكسوف ، من كتاب صلاة الكسوف . الموطأ ١٨٧/١ ، ١٨٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥٣/٦ ، ١٧٤ ، ٢٣٨ .

(٥) في ط : « قال » .

(٦) في ط : « ينظر ما بين السرة والركبة » .

وَيُيَاحُ لِلْمَرْأَةِ النَّظَرُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى غَيْرِ الْعَوْرَةِ . وَعَنْهُ ، لَا يُيَاحُ .
المقنع

عن الإسلام - فسألت رسول الله ﷺ أفأصلها ؟ قال : « نَعَمْ » ^(١) .
ولأنَّ الْحَجَبَ بينَ الرجالِ والنِّسَاءِ لِمَعْنَى لَا يُوجَدُ بينَ المسلمةِ والذِّمِّيَّةِ ،
فَوَجَبَ أَنْ لَا يَثْبُتَ الْحَجَبُ بَيْنَهُمَا ، كالمسلم مع الذِّمِّيِّ ، ولأنَّ الْحِجَابَ
إِمَّا أَنْ يَجِبَ بِنَصٍّ أَوْ قِيَاسٍ ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما . فأما قوله : ﴿ أَوْ
نِسَائِهِنَّ ﴾ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ جُمْلَةَ النِّسَاءِ .

٣٠٦٧ - مسألة : (وَيُيَاحُ لِلْمَرْأَةِ النَّظَرُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى غَيْرِ الْعَوْرَةِ .
وعنه ، لَا يُيَاحُ) وهذه إحدَى الرِّوَايَتَيْنِ . والأُخْرَى ، لَا يُيَاحُ لَهَا النَّظَرُ
مِنَ الرَّجُلِ إِلَّا إِلَى مِثْلِ مَا يَنْظُرُ إِلَيْهِ مِنْهَا . اختاره أبو بكر . وهو أحدُ قولَي
الشافعي ؛ لما رَوَى الزُّهْرِيُّ ، عن نَبْهَانَ ، عن أُمِّ سَلَمَةَ ، قالت : كنتُ
قَاعِدَةً عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ أَنَا وَحَفْصَةُ ، فَاسْتَأْذَنَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فقال النَّبِيُّ
ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . فقلتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ ضَرِيرٌ لَا يُبْصِرُ .
قال : « أَفَعَمِيَاوَانِ أَنْتُمَا لَا تُبْصِرَانِهِ ! » . رواه أبو داود ، وغيره ^(٢) .

قوله : وَيُيَاحُ لِلْمَرْأَةِ النَّظَرُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى غَيْرِ الْعَوْرَةِ . هذا المذهب . جزم به
الإنصاف في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » ، و « الفائق » ، و « المُحَرَّر » .
قال ابنُ مُنَجَّى في « شَرْحِهِ » : هذا المذهب . وعنه ، يُيَاحُ لَهَا النَّظَرُ مِنْهُ إِلَى مَا يَظْهَرُ
غَالِبًا . وعنه ، لَا يُيَاحُ النَّظَرُ إِلَيْهِ . وقدمه في « الهداية » ، و « المُسْتَوْعِب » ،

(١) تقدم تخريجه في ٢٩٦/٧ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في قوله : ﴿ غير أولي الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٣٨٤/٢ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في احتجاب النساء من الرجال ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ٢٣٠/١٠ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٦/٦ .

والأنَّ الله تعالى أمرَ النساءَ بعضُ أنبصارِهِنَّ كما أمرَ الرجالَ به ، ولأنَّهنَّ أحدُ نوعيِ الآدميينَ ، فحرَّم عليهنَّ النَّظْرُ إلى التَّوَعُّبِ الآخرِ قياسًا على الرجالِ ، يُحقِّقُه أنَّ المعنى المُحرَّم على الرجلِ خَوْفُ الفِتْنَةِ ، وهذا في المرأةِ أبلغُ ، فإنَّها أشدُّ شهوةً ، وأقلُّ عقلًا ، فتسارُعُ الفِتْنَةِ إليها أكثرُ . ولنا ، قولُ النبيِّ ﷺ لفاطمة بنتِ قيسٍ : « اعتدِي في بيتِ ابنِ^(١) أمِّ مكتومٍ ، فإنه رَجُلٌ أَعْمَى ، تَصْعِيقُ ثِيَابِكَ فَلَا يَرَاكَ » . وقالت عائشةُ : كان رسولُ اللهِ ﷺ يَسْتُرُنِي بِرِدَائِهِ ، وأنا أنْظُرُ إلى الحَبَشَةِ يَلْعَبُونَ في المسجدِ . مُتَّقٍ

و « الخلاصة » ، و « الرُّعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . وقطع به ابنُ البُنا . واختاره أبو بكرٍ . قاله القاضي . نقله الشيخُ تقيُّ الدينِ في « شرحِ المُحرَّرِ » . وقال ابنُ عَقِيلٍ أيضًا : يَحْرُمُ النَّظْرُ . ونقل القاضي أيضًا عن أبي بكرٍ الكَراهَةَ . وقال الشيخُ تقيُّ الدينِ في « شرحِ المُحرَّرِ » : ظاهرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ والقاضي كَراهَةُ نَظَرِها إلى وَجْهِهِ وَبَدَنِهِ وَقَدَمَيْهِ . واختارَ الكَراهَةَ . وقيل : « لا يَحْرُمُ^(٢) النَّظْرُ إلى ما يَظْهَرُ غالِبًا وقتَ مِهْنَةٍ وَغَفْلَةٍ .

تنبيه : قال في « الفروع » : أطلقَ الأصحابُ إباحَةَ النَّظَرِ لِلْمَرَأَةِ إلى غيرِ العَوْرَةِ مِنَ الرَّجُلِ . ونقل الأثرُ ، يَحْرُمُ النَّظْرُ على أزواجِ النبيِّ ﷺ . قال ابنُ عَقِيلٍ في « الفنون » : قال أبو بكرٍ : لا تَخْتَلِفُ الرِّوَايَةُ أَنَّهُ لا يجوزُ لَهُنَّ . قال في « الفروع » : ويؤيِّدُ الأوَّلُ أَنَّ أحمدَ لم يُجِبْ بالتَّخصيصِ في الأخبارِ التي في المَسْأَلَةِ . وقال القاضي في « الرُّوايتين » : يجوزُ لَهُنَّ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لَأَنَّهُنَّ في

(١) سقط من : الأصل .

(٢) (٢ - ٢) في ط : « يحرم » .

عليهما^(١) . ولَمَّا فَرَّغَ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ خُطْبَةِ الْعِيدِ ، مَضَى إِلَى النِّسَاءِ فَذَكَرَهُنَّ ، وَمَعَهُ بِلَالٌ فَأَمَرَهُنَّ بِالصَّدَقَةِ^(٢) . وَلَأنَّهُنَّ لَوْ مُنِعْنَ النَّظَرَ

حُكْمِ الْأُمَمَاتِ فِي الْحُرْمَةِ وَالتَّحْرِيمِ ، فَجَازَ ، مَعَ^(٣) مُفَارَقَتِهِنَّ فِي هَذَا الْقَدْرِ بَقِيَّةَ النِّسَاءِ . قُلْتُ : وَهَذَا أَوَّلَى .

(١) الحديث الأول ليس عند البخارى . وانظر تحفة الأشراف ١٢/٤٦٩ ، ٤٧٠ . وتلخيص الحبير ٣/١٥١ ، ١٦٥ .

وتقدم تخريجه في ١٨١/١١ ، وهو عند مسلم في : باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها . صحيح مسلم ١١١٤/٢ - ١١٢٠ . كما أخرجه النسائي ، في : باب تزوج المولى العربية ، وباب خطبة الرجل إذا ترك الخطاب أو أذن له ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٢/٦ ، ٦١ . والدارمي ، في : باب النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢/١٣٥ ، ١٣٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣٧٣ ، ٤١١ ، ٤١٣ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .

والثاني ، أخرجه البخارى ، في : باب أصحاب الحراب في المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب الحراب والدروق يوم العيد ، وباب إذا فاتته العيد يصلي ركعتين ، من كتاب العيدين ، وفي : باب قصة الحبش وقول النبي ﷺ : يا بنى أرفدة ، من كتاب المناقب ، وفي : باب نظر المرأة إلى الحبش ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٢٣/١ ، ٢٠/٢ ، ٢٩ ، ٢٢٥/٤ ، ٤٨/٧ ، ٤٩ . ومسلم ، في : باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه ... ، من كتاب صلاة العيدين . صحيح مسلم ٢/٦٠٧ - ٦١٠ . كما أخرجه النسائي ، في : باب الاستماع إلى الغناء وضرب الدف يوم العيد ، من كتاب العيدين . المجتبى ٤/١٦٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٨٤ ، ٨٥ ، ١٦٦ ، ٢٤٧ ، ٢٧٠ .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب المشي والركوب إلى العيد بغير أذان ولا إقامة ، وباب خروج الصبيان إلى المصل ، وباب العلم الذي بالمصل ، وباب موعظة الإمام النساء يوم العيد ، من كتاب العيدين ، وفي : باب : ﴿ والذين لم يبلغوا الحلم منكم ﴾ ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢/٢٣ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٥١/٧ ، ٥٢ . ومسلم ، في : أول كتاب العيدين . صحيح مسلم ٢/٦٠٢ - ٦٠٤ . وأبو داود ، في : باب الخطبة يوم العيد ، وباب ترك الأذان في العيد ، من كتاب الصلاة . سنن أبي داود ١/٢٦١ ، ٢٦٢ . والنسائي ، في : باب قيام الإمام في الخطبة متوكفا على إنسان ، من كتاب العيدين . المجتبى ٣/١٥٢ . وابن ماجه ، في : باب ما جاء في صلاة العيدين ، من كتاب الإقامة . سنن ابن ماجه ١/٤٠٦ . والدارمي ، في : باب صلاة العيدين بلا أذان ولا إقامة ... ، وباب الحث على الصدقة يوم العيد ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمي ١/٣٧٦ - ٣٧٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٣٣١ ، ٢٩٦/٣ ، ٣١٠ ، ٣١٤ ، ٣١٨ .

(٣) سقط من : الأصل ، ١ .

لَوْجَبَ عَلَى الرَّجَالِ الْحِجَابُ كَمَا وَجَبَ عَلَى النِّسَاءِ ، لِأَنَّ يَنْظُرُنَ إِلَيْهِمْ .
فَأَمَّا حَدِيثُ نَبْهَانَ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : نَبْهَانُ رَوَى حَدِيثَيْنِ عَجِيبَيْنِ . هَذَا
الْحَدِيثُ ، وَالْآخَرُ : « إِذَا كَانَ لِأَحَدَاكُنَّ مَكَاتِبٌ ، فَلْتَحْتَجِبْ »

الشرح الكبير

فَوَائِدُ ؛ مِنْهَا ، يَجُوزُ النَّظَرُ مِنَ الْأَمَةِ وَمَنْ لَا تُشْتَهَى ؛ كَالْعَجُوزِ ، وَالْبَرْزَةِ ،
وَالْقَبِيحَةِ ، وَنَحْوِهِمْ إِلَى غَيْرِ عَوْرَةِ الصَّلَاةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَاخْتَارَ
الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ جَوَازَ النَّظَرِ مِنْ ذَلِكَ إِلَى مَا لَا يَظْهَرُ غَالِبًا . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ
الْكُبْرَى » : وَيُباحُ نَظَرُ وَجْهِ كُلِّ عَجُوزٍ بَرَزَتْ هِمَّةً^(١) ، وَمَنْ لَا تُشْتَهَى مِثْلُهَا
غَالِبًا ، وَمَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ مِنْهَا وَلَمْ يَمْسُ ، وَمُصَافَحَتُهَا وَالسَّلَامُ عَلَيْهَا إِنْ أَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ .
وَمَعْنَاهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ« الْحَاوِي » . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، إِنْ لَمْ تَخْتَمِرِ الْأَمَةُ
فَلَا بَأْسَ . وَقِيلَ : الْأَمَةُ وَالْقَبِيحَةُ كَالْحُرَّةِ وَالْجَمِيلَةِ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، لَا يَنْظُرُ
إِلَى الْمَمْلُوكَةِ ، كَمِنْ نَظَرَةٍ أَلْقَتْ فِي قَلْبِ صَاحِبِهَا الْبَلَابِلَ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ،
لَا تَنْتَقِبُ الْأَمَةُ . وَنَقَلَ أَيْضًا ، تَنْتَقِبُ الْجَمِيلَةُ . وَكَذَا نَقَلَ أَبُو حَامِدٍ الْخَفَافُ . قَالَ
الْقَاضِي : يُمْكِنُ حَمْلُ مَا أَطْلَقَهُ عَلَى مَا قِيدَهُ . قُلْتُ : الصَّوَابُ أَنَّ الْجَمِيلَةَ تَنْتَقِبُ ،
وَأَنَّهُ يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَيْهَا كَمَا يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَى الْحُرَّةِ الْأُجْنَبِيَّةِ .

الإيضاح

تَنْبِيهِ : حَيْثُ قُلْنَا : يُباحُ . فَفِي تَحْرِيمِ تَكَرُّارِ نَظَرِ وَجْهِ مُسْتَحْسَنِ وَجْهَانِ .
وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ : الصَّوَابُ التَّحْرِيمُ . وَمِنْهَا ، الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ
فِي النَّظَرِ إِلَيْهِ كَالْمَرْأَةِ ؛ تَغْلِيْبًا لِجَانِبِ الْحَظَرِ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ مِنْ سِتْرِ الْعَوْرَةِ فِي الصَّلَاةِ ، أَنَّهُ كَالرَّجُلِ . وَقَالَ فِي
« الرَّعَايَةِ » : وَإِنْ تَشَبَّهَ خُنْثَى مُشْكِلٌ بِذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى ، أَوْ مَالَ إِلَى أَحَدِهِمَا ، فَلَهُ حُكْمُهُ

(١) الهمة : المرأة الكبيرة الفانية .

مِنْهُ ^(١) . كَأَنَّهُ أَشَارَ إِلَى ضَعْفِ حَدِيثِهِ ، إِذْ لَمْ يَرَوْهُ إِلَّا هَذَيْنِ الْحَدِيثَيْنِ الْمُخَالَفَيْنِ لِلْأُصُولِ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : نَبْهَانٌ مَجْهُولٌ ، لَا يُعْرَفُ إِلَّا بِرِوَايَةِ الزُّهْرِيِّ عَنْهُ هَذَا الْحَدِيثُ . وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ صَحِيحٌ ، فَالْحُجَّةُ بِهِ لَازِمَةٌ ، ثُمَّ يَحْتَمِلُ أَنَّ حَدِيثَ نَبْهَانَ خَاصٌّ لِأَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . كَذَلِكَ قَالَ أَحْمَدُ ، وَأَبُو دَاوُدَ . قَالَ [٨٢/٦] الْأَثَرُ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : كَانَ حَدِيثُ نَبْهَانَ لِأَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ خَاصَّةً ، وَحَدِيثُ فَاطِمَةَ لِسَائِرِ النَّاسِ ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَإِنْ قُدِّرَ التَّعَارُضُ فَتَقْدِيمُ الْأَحَادِيثِ الصَّحِيحَةِ أَوْلَى مِنَ الْأَخْذِ بِحَدِيثٍ مُفْرَدٍ فِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ .

فِي ذَلِكَ . وَقَالَ : قُلْتُ : لَا يُزَوَّجُ بِحَالٍ ، فَإِنْ خَافَ الزَّنى ، صَامَ أَوْ اسْتَمْتَنَى ، وَإِلَّا فَهُوَ مَعَ امْرَأَةٍ كَالرَّجُلِ ، وَمَعَ رَجُلٍ كَامْرَأَةٍ . وَمِنْهَا ، ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَأَكْثَرِ الْأَصْحَابِ ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ النَّظَرُ إِلَى غَيْرِ مَنْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ النَّظَرُ إِلَى الْأَجْنَبِيَّةِ قَصْدًا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَجُوزَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ نَظَرَ الرَّجُلِ مِنَ الْحُرَّةِ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَى مَا لَيْسَ بِعَوْرَةٍ صَلَاحٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » فِي آدَابِهِ . وَذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رِوَايَةً . قَالَ الْقَاضِي : الْمُحَرَّمُ مَا عَدَا الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ . وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » أَنَّهُ لَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْمَرْأَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ لَغَيْرِ حَاجَةٍ . ثُمَّ قَالَ : النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ مُحَرَّمٌ ، وَإِلَى غَيْرِ [٦/٣] الْعَوْرَةِ مَكْرُوهٌ . وَهَكَذَا ذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَأَبُو الْحُسَيْنِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَجُوزُ النَّظَرُ لَغَيْرِ مَنْ ذَكَرْنَا ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِي أَطْلَقَ هَذِهِ الْعِبَارَةَ ، وَحَكَّى الْكَرَاهَةَ فِي غَيْرِ الْعَوْرَةِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : هَلْ يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْأَجْنَبِيَّةِ لَغَيْرِ حَاجَةٍ ؟ رِوَايَةٌ عَنْ

(١) تقدم تخريجه في ١٨ / ٣٨٠ ، ١٩ / ١٩١ .

المقنع وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْعُلَامِ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ .

الشرح الكبير

٣٠٦٨ - مسألة : (وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْعُلَامِ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ) فَأَمَّا النَّظَرُ إِلَيْهِ لَشَهْوَةٍ فَلَا يُبَاحُ ؛ لِأَنَّهَا تَدْعُو إِلَى الْفِتْنَةِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ .

الإنصاف

أحمد ، يُكْرَهُ وَلَا يَحْرُمُ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : لَا يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْأَجْنَبِيَّةِ إِذَا أَمِنَ الْفِتْنَةَ . انتهى . قلتُ : وهذا الذى لَا يَسَعُ النَّاسُ غَيْرُهُ ، خُصُوصًا لِلجِيرَانِ وَالْأَقَارِبِ غَيْرِ الْحَارِمِ ، الذى نَشَأَ بَيْنَهُمْ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ . ويَأْتِي فى آخِرِ الْعِدَدِ ، هل يجوزُ أَنْ يَخْلُوَ بِمُطَلَّقَتِهِ ، أَوْ أَجْنَبِيَّةٍ ، أَمْ لَا ؟

قوله : وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْعُلَامِ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ . النَّظَرُ إِلَى الْأُمَرَاءِ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ عَلَى قِسْمَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَأْمَنَ ثَوْرَانِ الشَّهْوَةِ . فهذا يجوزُ له النَّظَرُ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فى « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ أَبُو حَكِيمٍ وَغَيْرُهُ ، وَلَكِنْ تَرَكَهُ أَوَّلَى . صَرَّحَ بِهِ ابْنُ عَقِيلٍ ، قَالَ : وَأَمَّا تَكَرُّارُ النَّظَرِ فَمَكْرُوءٌ . وَقَالَ أَيْضًا فى كِتَابِ الْقَضَاءِ : تَكَرُّارُ النَّظَرِ إِلَى الْأُمَرَاءِ مُحَرَّمٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ بَغْيَ شَهْوَةٍ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : وَمَنْ كَرَّرَ النَّظَرَ إِلَى الْأُمَرَاءِ أَوْ دَاوَمَهُ ، وَقَالَ : إِنِّى لَا أَنْظُرُ لِشَهْوَةٍ . فَقَدْ كَذَبَ فى ذَلِكَ . وقال القاضى : نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى وَجْهِ الْأُمَرَاءِ مَكْرُوءٌ . وقال ابنُ الْبَنَّا : النَّظَرُ إِلَى الْعُلَامِ الْأُمَرَاءِ الْجَمِيلِ مَكْرُوءٌ . نصُّ عليه . وكذا قال أَبُو الْحُسَيْنِ . الْقِسْمُ الثَّانِى ، أَنْ يَخَافَ مِنَ النَّظَرِ ثَوْرَانِ الشَّهْوَةِ . فقال الْحَلَوَانِيُّ : يُكْرَهُ . وهل يَحْرُمُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَحَكَى صَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ثَلَاثَةَ أَوْجُهٍ ؛ التَّحْرِيمُ ، وَهُوَ مَقْهُومُ كَلَامِ صَاحِبِ « الْمُحَرَّرِ » ، فَإِنَّهُ قَالَ : يَجُوزُ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ إِذَا أَمِنَ ثَوْرَانَهَا . واختاره الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فَقَالَ : أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ ، لَا يَجُوزُ . كما أَنَّ الرَّاجِحَ فى مذهبِ أَحْمَدَ ، أَنَّ النَّظَرَ إِلَى وَجْهِ الْأَجْنَبِيَّةِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ لَا يَجُوزُ ،

٣٠٦٩ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى أَحَدٍ مِمَّنْ ذَكَرْنَا لِشَهْوَةٍ)
لِما ذَكَرْنَا مِنْ خَوْفِ الْفِتْنَةِ . وَمَعْنَى الشَّهْوَةِ ، أَنَّهُ يَتَلَذَّذُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

وإن كانت الشَّهْوَةُ مُتَنَفِّئَةً لَكِنْ يُخَافُ ثَوْرَانُهَا . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) :
إِذَا كَانَ الْأَمْرُ دُجِيلاً يُخَافُ الْفِتْنَةُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ ، لَمْ يَجُزْ تَعَمُّدُ النَّظَرِ إِلَيْهِ . قَالَ فِي
« الْفُرُوعِ » : وَنَصُّهُ ، يَحْرُمُ النَّظَرُ خَوْفَ الشَّهْوَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، الْكَرَاهَةُ .
وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » . وَجَزَمَ بِهِ النَّازِمُ . وَالْوَجْهُ الثَّلَاثُ ،
الِإِبَاحَةُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَكَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَالْمَنْقُولُ عَنْ
أَحْمَدَ ، كَرَاهَةُ مُجَالَسَةِ الْعُلَامِ الْحَسَنِ الْوَجْهِ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » :
وَيَحْرُمُ نَظَرُ الْأَمْرِ لِشَهْوَةٍ ، وَيَجُوزُ بِدُونِهَا مَعَ أَمْنِهَا . وَقِيلَ : وَخَوَفُهَا . وَقَالَ فِي
« الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ،
وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَإِنْ خَافَ ثَوْرَانُهَا ، فَوَجْهَانِ .

فائدة : قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَحْرُمُ النَّظَرُ مَعَ شَهْوَةٍ تَخْيِيبُ وَيَسْحَاقُ ، وَإِلَى دَابَّةٍ
يَشْتَهِيهَا وَلَا يَعْفُ عَنْهَا ^(٢) ، وَكَذَا الْخُلُوةُ بِهَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَهُوَ ظَاهِرُ
كَلَامِ غَيْرِهِ .

فوائد ؛ مِنْهَا ، قَوْلُهُ : وَلَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى أَحَدٍ مِمَّنْ ذَكَرْنَا لِشَهْوَةٍ . وَهَذَا بِلَا
نِزَاعٍ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَمَنْ اسْتَحَلَّهُ ، كَفَرَ إِجْمَاعًا . وَكَذَا
لَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى أَحَدٍ مِمَّنْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ إِذَا خَافَ ثَوْرَانِ الشَّهْوَةِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ

(١) ٥٠٤/٩ .

(٢) فِي النِّسْخِ كُلِّهَا : « عَنْهُ » . وَانْظُرِ الْفُرُوعَ ١٥٦/٥ .

الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، وغيره . ومنها ، معنى الشهوة التلذذ بالنظر .
ومنها ، لمس من تقدم ذكره كالنظر إليه ، على قول . وعلى قول آخر : هو أولى
بالمنع من النظر . واختاره الشيخ تقي الدين ، رحمه الله . وجزم به في
« الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . وهو الصواب . وأطلقهما في
« الفروع » . ومنها ، صوت الأجنبية ليس بعورة . على الصحيح من المذهب .
قال في « الفروع » : ليس بعورة على الأصح . قال ابن خطيب السلمية : قال
القاضي الزرياني الحنبلي في « حواشيه على المغني » : هل صوت الأجنبية عورة ؟
فيه روايتان مخصوصتان عن الإمام أحمد ، رحمه الله ، ظاهر [٦/٣] المذهب ،
ليس بعورة . انتهى . وعنه ، أنه عورة . اختاره ابن عقيل ، فقال : يجب تجنب
الأجانب الاستماع من صوت النساء زيادة على ما تدعو الحاجة إليه ؛ لأن صوتها
عورة . انتهى . قال الإمام أحمد ، رحمه الله ، في رواية صالح : يسلم على المرأة
الكبيرة ، فأما الشابة فلا تنطق . قال القاضي : إنما قال ذلك خوف الافتتان
بصوتها . وأطلقهما في « المذهب » . وعلى كلا الروايتين ، يحرم التلذذ بسماعه
ولو بقراءة . جزم به في « المستوعب » ، و « الرغاية » ، و « الفروع » ،
وغيرهم . قال القاضي : يمنع من سماع صوتها . وقال ابن عقيل في « الفصول » :
يكره سماع صوتها بلا حاجة . قال ابن الجوزي في كتاب « النساء » له : سماع
صوت المرأة مكروه . وقال الإمام أحمد ، رحمه الله ، في رواية مهنّا : ينبغي للمرأة
أن تخفض من صوتها إذا كانت في قراءتها إذا قرأت بالليل . ومنها ، إذا منعنا
المرأة من النظر إلى الرجل ، فهل تمنع من سماع صوتها ، ويكون حكمه حكم
سماع صوتها ؟ قال القاضي في « الجامع الكبير » : قال الإمام أحمد ، رحمه الله ،
في رواية مهنّا : لا يعجبني أن يؤم الرجل النساء ، إلا أن يكون في بيته يوم أهله ،

أَكْرَهُ أَنْ تَسْمَعَ الْمَرْأَةُ صَوْتَ الرَّجُلِ . قال ^(١) ابنُ خَطِيبٍ السَّلَامِيَّةُ فِي « نُكَيْتِهِ » :
وهذا صحيح ؛ لأنَّ الصَّوْتَ يَتَّبِعُ الصُّورَةَ ^(٢) ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَمَّا مُنِعَ مِنَ النَّظَرِ إِلَى
الْأَجْنَبِيَّةِ مُنِعَ مِنْ سَمَاعِ صَوْتِهَا ، كَذَلِكَ الْمَرْأَةُ لَمَّا مُنِعَتْ مِنَ النَّظَرِ إِلَى الرَّجُلِ مُنِعَتْ
مِنْ سَمَاعِ صَوْتِهِ . ^(٣) قال ابنُ خَطِيبٍ السَّلَامِيَّةُ فِي « نُكَيْتِهِ » : لَمْ تَزَلِ النِّسَاءُ تَسْمَعُ
أَصْوَاتَ الرِّجَالِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ النِّسَاءِ وَالرِّجَالِ ظَاهِرٌ ^(٤) . وَمِنْهَا ، تَحْرُمُ الْخُلُوةُ لغيرِ
مَحْرَمٍ لِلْكُلِّ مُطْلَقًا ، وَلَوْ بِحَيَوَانٍ يَشْتَهِي الْمَرْأَةُ أَوْ تَشْتَهِيهِ هِيَ ؛ كَالْقِرْدِ ، وَنَحْوِهِ .
ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ الْجَوْزِيِّ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ ، وَقَالَ : الْخُلُوةُ
بِأَمْرٍ دَخَسَ وَمُضَاجَعَتُهُ كَأَمْرَةٍ ، وَلَوْ كَانَ لِمَصْلَحَةٍ تَعْلِيمٍ وَتَأْدِيبٍ ، وَالْمَقَرُّ
مَوْلَاهُ ^(٥) عِنْدَ مَنْ يُعَاشِرُهُ كَذَلِكَ مَلْعُونٌ ذِيوْتٌ ، وَمَنْ عُرِفَ بِمَحَبَّتِهِمْ أَوْ مُعَاشَرَةٍ
بَيْنَهُمْ ، مُنِعَ مِنْ تَعْلِيمِهِمْ . وَقَالَ ابْنُ الْجَوْزِيِّ : كَانَ السَّلَفُ يَقُولُونَ : الْأَمْرُ أَشَدُّ
فِتْنَةً مِنَ الْعَذَارَى . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : الْأَمْرُ يُنْفَقُ ^(٦) عَلَى الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ، فَهُوَ
شِبْكَةُ الشَّيْطَانِ فِي حَقِّ النَّوْعَيْنِ . وَمِنْهَا ، كَرِهَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مُصَافَحَةَ
النِّسَاءِ ، وَشَدَّدَ أَيْضًا حَتَّى لِمَحْرَمٍ ، وَجَوَّزَهُ لَوَالِدٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :
وَيَتَوَجَّهُ ، وَلِمَحْرَمٍ . وَجَوَّزَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَخَذَ يَدَ عَجُوزٍ ، وَفِي
« الرُّعَايَةِ » ، وَشَوْهَاءَ . وَسَأَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ : يُقْبَلُ ذَاتَ الْمَحَارِمِ مِنْهُ ؟ قَالَ : إِذَا
قَدِمَ مِنْ سَفَرٍ وَلَمْ يَخَفْ عَلَى نَفْسِهِ ، لَكِنْ لَا يَفْعَلُهُ عَلَى الْقَمِّ أَبَدًا ؛ الْجَبْهَةُ وَالرَّأْسُ .
وَنَقَلَ حَرْبٌ ، فِي مَنْ تَضَعُ يَدَهَا عَلَى بَطْنِ رَجُلٍ لَا تَحِلُّ لَهُ ، قَالَ : لَا يَنْبَغِي إِلَّا

(١ - ١) سقط من : ط .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ط : « الصَّوْتُ » .

(٣ - ٣) سقط من : الْأَصْل .

(٤) يَنْفَقُ : أَيُ يَرُوجُ وَيَرْغَبُ فِيهِ .

المفنع وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِ الْآخَرِ وَلَمْسُهُ ،
وَكَذَلِكَ السَّيِّدُ مَعَ أَمَّتِهِ .

الشرح الكبير

٣٠٧٠ - مسألة : (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِ الْآخَرِ وَلَمْسُهُ ، وكذلك السَّيِّدُ مَعَ أَمَّتِهِ) لما رَوَى بِهِزُ بْنُ حَكِيمٍ ، قال : قلتُ : يا رسولَ اللهِ ، عَوْرَاتُنَا مَا نَأْتِي مِنْهَا وَمَا نَذَرُ^(١) ؟ قال : « أَحْفَظْ عَوْرَتَكَ إِلَّا مِنْ زَوْجَتِكَ أَوْ مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ » . رواه التِّرْمِذِيُّ^(٢) ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ولا فَرْقَ بَيْنَ الْفَرْجِ وَغَيْرِهِ ؛ لِعُمُومِ الْحَدِيثِ ، وَلأنَّ الْفَرْجَ يُبَاحُ الْاسْتِمْتَاعُ بِهِ ، فَجَازَ النَّظَرُ إِلَيْهِ وَلَمْسُهُ ، كَبَقِيَّةِ الْبَدَنِ . وقيل : يُكْرَهُ النَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ ؛ لقولِ عائِشَةَ : مَا رَأَيْتُ فَرْجَ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَطُّ . رواه ابنُ ماجَه^(٣) . وفي لفظٍ قالت : مَا رَأَيْتُهُ مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ .

الإنصاف

لِضُرُورَةٍ . وَنَقَلَ الْمَرْوُذِيُّ ، أَتَضَعُ يَدَهَا عَلَى صَدْرِهِ ؟ قال : ضَرُورَةٌ .

قوله : وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِ الْآخَرِ وَلَمْسُهُ . مِنْ غَيْرِ كِرَاهَةٍ . هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، حَتَّى الْفَرْجِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَنَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،

(١) في م : « ندع » .

(٢) تقدم تخريجه في ١٦١/٢ ، ١٦٢ . من حديث : « فالله أحق أن يستحى منه من الناس » .

(٣) في : باب النہی أن یری عورة أخیه ، من کتاب الطہارة ، وفي : باب التستر عند الجماع ، من کتاب النکاح . سنن ابن ماجه (٢١٧/١) ، ٦١٩ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦/٦٣ ، ١٩٠ . وهو حديث ضعيف . انظر إرواء الغلیل ٦/٢١٣ - ٢١٥ .

الشرح الكبير

ﷺ ، ولا رآه منى . قال أحمد في رواية جعفر بن محمد ، في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة ، في ثياب رفاق : فلا بأس به . قلت : تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس ، وليس في الدار إلا هي وزوجها ؟ فرخص في ذلك .

فصل : وحكم السيد حكم الزوج فيما ذكرنا ، وسواء في ذلك سرية وغيرها ؛ لأنه يباح له الاستمتاع بجميع بدنها ، فأباح له النظر إليه ، فأما إن زوج أمته ، حرم عليه الاستمتاع بها والنظر منها إلى ما بين السرة

وغيرهم . وقيل : يكره لهما نظر الفرج . جزم به في « الكافي » . وقدمه في الإنصاف « الرعايتين » . وقال الآمدي في « فصوله » : وليس للزوج النظر إلى فرج امرأته ، في إحدى الروايتين . نقله ابن خطيب السلاطية . وقيل : يكره لهما عند الجماع خاصة . وجزم في « المستوعب » بأنه يكره النظر إلى فرجها حال الطمث فقط . وجزم به في « الرعايتين » ، وزاد في « الكبرى » ، وحال الوطء .

فائدتان : إحداهما ، قال القاضي في « الجامع » : يجوز تقبيل فرج المرأة قبل الجماع ، ويكره بعده . وذكره عن عطاء . الثانية ، ليس لها استدخال ذكر زوجها وهو نائم بلا إذنه ، ولها لمسه وتقبيله بشهوة . وجزم به في « الرعاية » ، وتبعه في « الفروع » . وصرح به ابن عقيل ، وقال : لأن الزوج يملك العقد وحبسها . [٧/٣] ذكره في عشرة النساء . ومرى في بعض التعليقات قول : إن لها ذلك . ولم أستحضر الآن في أي كتاب هو .

قوله : وكذلك السيد مع أمته . حكم السيد مع أمته المباحة له حكم الرجل مع زوجته في النظر واللمس ، خلافاً ومذهباً .

والرُّكْبَةَ ؛ لما رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عن أَبِيهِ ، عن جَدِّهِ ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا زَوْجٌ أَحَدُكُمْ خَادِمَهُ ^(١) (عَبْدَهُ أَوْ أَجِيرَهُ) ، فَلَا يَنْظُرُ إِلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ وَفَوْقَ الرُّكْبَةِ ، فَإِنَّهُ عَوْرَةٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَمَفْهُومُهُ إِبَاحَةُ النَّظَرِ إِلَى مَا عَدَاهُ . وَأَمَّا تَحْرِيمُ الْاِسْتِمْتَاعِ بِهَا ، فَلَا خِلَافَ فِيهِ ، فَإِنَّهَا قَدْ صَارَتْ مُبَاحَةً لِلزَّوْجِ ، وَلَا تَحِلُّ امْرَأَةٌ لِرَجُلَيْنِ . فَإِنْ وَطَّئَهَا ، أَثِمَ ، وَعَلَيْهِ التَّعْزِيرُ ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مُحَرَّمٌ . فَإِنْ أَوْلَدَهَا ، فَقَالَ أَحَدُ : لَا يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهَا فِرَاشٌ لغيرِهِ ، فَلَمْ يَلْحَقْهُ وَلَدُهَا ، كَالْأَجْنَبِيَّةِ . قُلْتُ : وَقَدْ ذَكَرَ فِي بَابِ حُكْمِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ^(٣) ، أَنَّهُ يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّءَ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ لِشُبْهَةِ الْمَلِكِ ، أَشْبَهَ وَطَّءَ الْجَارِيَةِ الْمَرْهُونَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

تنبيه : فِي قَوْلِ الْمُصَنِّفِ : مَعَ أَمَتِهِ . نَظَرَ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي عُمُومِهِ أُمَّتُهُ الْمَرْجُوعَةُ وَالْمَجُوسِيَّةُ وَالْوَنِيَّةُ وَنَحْوُهُنَّ ، وَلَيْسَ لَهُ النَّظَرُ إِلَى وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ وَلَا لِمُسْهَاهَا ، لِمَا سَيَذْكَرُ فِي مَوْضِعِهِ . وَجَعَلَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ مَكَانَ أَمَتِهِ سُرِّيَّةً . قَالَ ابْنُ مُنَجَّى : وَفِيهِ نَظَرٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ أُمَّتُهُ الَّتِي لَيْسَتْ سُرِّيَّةً ، وَالْحَالُ أَنَّ لَهُ النَّظَرَ إِلَيْهَا وَلِمُسْهَاهَا ، فَلِذَلِكَ قَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَالنَّائِظُ ، وَصَاحِبُ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرُهُمْ : أَمَتُهُ الْمُبَاحَةُ . وَهُوَ أَجْوَدُ مِمَّا تَقَدَّمَ . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ مُرَادُ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ مِمَّنْ أَطْلَقَ .

(١) أَى : أَمَتُهُ . وَفِي رِوَايَةٍ : « خَادِمَتُهُ » . انظر عون المعبود ١٠٩/٤ .

(٢-٢) فِي الْأَصْلِ : « أَوْ عَبْدُهُ أَجِيرُهُ » .

(٣) تقدم تحريجه في ٢٠١/٣ .

(٤) انظر ما تقدم في ٤٨١/٦ .

فصل : فَاَمَّا نَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الْأَجْنَبِيَّةِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِهَا ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ : لَا يَأْكُلُ مَعَ مُطَلَّقَتِهِ ، هُوَ أَجْنَبِيٌّ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا ، كَيْفَ يَأْكُلُ مَعَهَا يَنْظُرُ إِلَى كَفِّهَا ! لَا يَحِلُّ لَهُ ذَلِكَ . وقال القاضي : يَحْرُمُ عَلَيْهِ النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَوْرَةٌ ، [٨٢/٦ ط] وَيُباحُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا مَعَ الْكَرَاهَةِ إِذَا أَمِنَ الْفِتْنَةَ وَنَظَرَ بِغَيْرِ شَهْوَةٍ . وهذا مذهب الشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ . قال ابن عباس : الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ . وَرَوَتْ عَائِشَةُ أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ دَخَلَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي ثِيَابٍ رِقاقٍ ، فَأَعْرَضَ عَنْهَا ، وَقَالَ : « يَا أَسْمَاءُ ، إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتْ الْمَحِيضَ لَمْ تَصْلُحْ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا وَهَذَا » . وَأشارَ إِلَى وَجْهِهِ وَكَفِّهِ . رَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَغَيْرُهُ ^(١) . وَلأنَّهُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ ، فَلَمْ يَحْرُمْ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ رِيَّةٍ ،

فائدتان ؛ إحداهما ، لو زَوَّجَ أُمَّتَهُ ، جازَ لَهُ النَّظَرُ مِنْهَا إِلَى غَيْرِ الْعَوْرَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفَائِقِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : هُوَ كَمَحْرَمٍ . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، كَأَمَةٍ غَيْرِهِ . الثَّانِيَةُ ، يُكْرَهُ النَّظَرُ إِلَى عَوْرَةِ نَفْسِهِ . قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » وَغَيْرِهِ : يُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يُبْدِيَهُ . وَقَالَ الْأَزْجِيُّ فِي « نِهَائَتِهِ » : يُعْرَضُ بِبَصَرِهِ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى الدَّنَاءَةِ . انْتَهَى . وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْإِسْتِنْجَاءِ ، هَلْ يُكْرَهُ مَسُّ فَرْجِهِ مُطْلَقًا ، أَوْ فِي حَالِ التَّخَلُّي ؟

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب فيما تبدى المرأة من زينتها ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٢ / ٣٨٣ . والبيهقي ، في : باب تخصيص الوجه والكفين بجواز النظر إليها عند الحاجة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٨٦/٧ .

كَوْجِه الرجل . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ﴾^(١) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مَكَاتِبَ فَمَلِكٌ مَا يُودِي ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »^(٢) . وَكَانَ الْفَضْلُ بْنُ عَبَّاسٍ رَدِيفَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَجَاءَتْهُ الْخُثْعَمِيَّةُ تَسْتَفْتِيهِ ،^(٣) فَجَعَلَ يَنْظُرُ إِلَيْهَا^(٤) وَتَنْظُرُ إِلَيْهِ ، فَصَرَفَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَجْهَهُ عَنْهَا^(٥) . وَعَنْ جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ نَظَرِ الْفَجَاءَةِ ، فَأَمَرَنِي أَنْ أَصْرِفَ بَصَرِي . حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وَعَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تُتْبِعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ ، فَإِنَّمَا لَكَ الْأُولَى ، وَلَيْسَتْ لَكَ الْآخِرَةُ » . رَوَاهُمَا أَبُو دَاوُدَ^(٦) . وَفِي إِبَاحَةِ^(٧) النَّظَرِ إِلَى الْمَرَأَةِ إِذَا أَرَادَ تَزَوُّجَهَا^(٨) دَلِيلٌ عَلَى التَّحْرِيمِ عِنْدَ عَدَمِ ذَلِكَ ، إِذْ لَوْ كَانَ مُبَاحًا عَلَى

الشرح الكبير

الإنصاف

- (١) سورة الأحزاب ٥٣ .
 (٢) تقدم تخريجه في ١٨/٣٨٠ ، ١٩/١٩١ .
 (٣-٣) سقط من : م .
 (٤) تقدم تخريجه في حديث جابر الطويل في ٨/٣٦٣ .
 (٥) في : باب فيما يؤمر به من غض البصر ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١/٤٩٥ ، ٤٩٦ . كما أخرجهما الترمذي ، في : باب ما جاء في نظر المفاجأة ، من أبواب الأدب . عارضة الأحمدي ١٠/٢٣٨ ، ٢٣٩ . كما أخرجه الأول مسلم ، في : باب نظر المفاجأة ، من كتاب الآداب . صحيح مسلم ٣/١٦٩٩ . والدارمي ، في : باب في نظر الفجاءة ، من كتاب الاستئذان . سنن الدارمي ٢/٢٧٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٣٥٨ ، ٣٦١ .
 والثاني أخرجه الدارمي ، في : باب في حفظ السمع ، من كتاب الرقاق . سنن الدارمي ٢/٢٩٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/٣٥١ ، ٣٥٣ ، ٣٥٧ .
 (٦) بعدها في الأصل : « وجه » .
 (٧) في م : « تزويجها » .

الإطلاق ، فما وجه التخصيص لهذا الحال ؟ وأما حديث أسماء - إن صح - فيحمل أنه كان قبل نزول الحجاب ، فيحمل عليه .

فصل : فأما العجوز التي لا تستهي ، فلا بأس بالنظر إلى ما يظهر منها غالباً ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ ^(١) . الآية . قال ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّونَ مِنْ أَبْصَرِهِمْ ﴾ ^(٢) ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ ﴾ ^(٣) . فنسخ واستثنى من ذلك : ﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ . الآية . وفي معنى ذلك الشوهاء التي لا تستهي .

فصل : والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر منها غالباً ؛ كالوجه ، والرأس ، واليدين ، والساقين ؛ لأن عمر ، رضي الله عنه ، رأى أمة متكئة ، فضربها بالدرّة ، وقال : يا لكاع تشبهين بالحرائر ! وروى أبو حفص بإسناده ، أن عمر كان لا يدع أمة تقنع في خلافته ، وقال : إنما القناع للحرائر ^(٤) . ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره ، بل أمر به . وقد روى أنس أن النبي ﷺ لما أخذ صفيّة قال الناس : أجعلها أم

(١) سورة النور ٦٠ .

(٢) سورة النور ٣٠ .

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) أخرج الأثرين ابن أبي شيبة ، في : باب في الأمة تصلي بغير خمار ، من كتاب الصلوات . المصنف ٢٣٠/٢ .
وعبد الرزاق ، في : باب الخمار ، من كتاب الصلاة . المصنف ١٣٦/٣ .

المؤمنين أم أم ولد؟ فقالوا: إن حجبها فهي أم المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي أم ولد. فلما ركب وطأ لها خلفه، ومد الحجاب بينه وبين الناس. متفق عليه^(١). وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً، وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً. وقال أصحاب الشافعي: يباح النظر منها إلى ما ليس بعورة، [٨٣/٦] وهو ما فوق السرة وتحت الركبة. وسوى^(٢) بعض أصحاب الشافعي^(٣) بين الحرة والأمة؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾. الآية. ولأن العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة، والفتنة المخوفة يستوى فيها الحرة والأمة، فإن الحرية أمر^(٤) لا يؤثر في الأمر الطبيعي. وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما، وإن لم يفترقا فيما ذكرناه، افترقا في الحرمة ومشقة الستر^(٥)، لكن إن كانت الأمة جميلة، يخاف الفتنة

- (١) أخرجه البخاري، في: باب غزوة خيبر، من كتاب المغازي، وفي: باب في اتخاذ السراير ومن أعتق جاريته ثم تزوجها، وباب من جعل عتق الأمة صداقها، وباب البناء في السفر، وباب الويلمة ولو بشاة، من كتاب النكاح. صحيح البخاري ٥ / ١٦٨، ٧ / ٧، ٨، ٢٨، ٣١. ومسلم، في: باب فضيلة إعتاق الأمة ثم يتزوجها، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٤-١٠٤٦. وأبو داود، في: باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ١ / ٤٧٤. والترمذي، في: باب ما جاء في الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٥ / ٤٠. والنسائي، في: باب التزويج على العتق، وباب البناء في السفر، من كتاب النكاح. المجتبى ٦ / ٩٤، ١٠٩. وابن ماجه، في: باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٩. والدارمي، في: باب في الأمة يجعل عتقها صداقها، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ٢ / ١٥٤. والإمام أحمد، في: المسند ٣ / ٩٩، ١٦٥، ١٧٠، ١٨١، ٢٠٣، ٢٣٩، ٢٤٢، ٢٤٦، ٢٦٤، ٢٨٠، ٢٩١. (٢-٢) في المغنى ٥٠١/٩: «بعض أصحابنا». (٣) سقط من: م. (٤) في النسختين: «السير». والمثبت كما في المغنى ٥٠١/٩. (٥) في م: «المرأة».

بها ، حَرَمَ النَّظَرُ إِلَيْهَا ، كَمَا يَحْرُمُ إِلَى الْعُلَامِ الَّذِي تُخْشَى ^(١) الْفِتْنَةُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الْأَمَةِ إِذَا كَانَتْ جَمِيلَةً : تُنْقَبُ ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى الْمَمْلُوكَةِ ، كَمِنْ نَظَرَةٍ قَدْ أَلْقَتْ فِي قَلْبِ صَاحِبِهَا الْبَلَابِلَ ^(٢) .

فصل : وَالطُّفْلَةُ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلنِّكَاحِ لَا بَأْسَ بِالنَّظَرِ إِلَيْهَا . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرَمِ ، فِي الرَّجُلِ يَأْخُذُ الصَّغِيرَةَ فَيَضَعُهَا فِي حَجَرِهِ وَيُقَبِّلُهَا : فَإِنْ كَانَ يَجِدُ شَهْوَةً ، فَلَا ، وَإِنْ كَانَ لَغَيْرِ شَهْوَةٍ ، فَلَا بَأْسَ . وَقَدْ رَوَى أَبُو بَكْرٍ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ حَفْصٍ الْمَدِينِيِّ ، أَنَّ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ أَرْسَلَ بَابِتَةَ لَهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ مَعَ مَوْلَاةٍ لَهُ ، فَأَخَذَهَا عُمَرُ بِيَدِهِ ، وَقَالَ : ابْنَةُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ . فَتَحَرَّكَتِ الْأَجْرَاسُ مِنْ رِجْلِهَا ، فَأَخَذَهَا عُمَرُ فَقَطَعَهَا ، وَقَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَعَ كُلِّ جَرَسٍ شَيْطَانٌ » ^(٣) . فَأَمَّا إِذَا بَلَغَتْ حَدًّا يَصْلُحُ لِلنِّكَاحِ ، « كَابْنَةِ تِسْعٍ » ^(٤) ، فَإِنَّ عَوْرَتَهَا مُخَالِفَةٌ لِعَوْرَةِ الْبَالِغَةِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ » ^(٥) . يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ صَلَاةٍ مَنْ لَمْ تَحِضْ مَكْشُوفَةَ الرَّأْسِ ^(٦) ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهَا حُكْمَ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ ، كَقَوْلِنَا فِي الْعُلَامِ الْمُرَاهِقِ مَعَ النِّسَاءِ . وَقَدْ رَوَى أَبُو بَكْرٍ ، عَنْ ابْنِ

(١) فِي م : « لَمْ تَخْشَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْبَلَاءُ » . وَالْبَلَابِلُ : شِدَّةُ الْمَهْمِ وَالْوَسْوَاسِ فِي الصُّدُورِ .

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْجَلَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْخَاتَمِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٠٨/٢ . وَهُوَ ضَعِيفٌ .

ضَعِيفٌ سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤١٨ .

(٤) - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي ٣٧٠/٢ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : [٢٠١ ط] وَلَا يَجُوزُ التَّصْرِيحُ بِخُطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ ، وَلَا التَّعْرِيزُ بِخُطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ .

الشرح الكبير

جُرَيْجٌ ، قال : قالت عائشة : دَخَلْتُ عَلَى ابْنَةِ أَخِي ، فَدَخَلَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَعْرَضَ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهَا ابْنَةُ أَخِي وَجَارِيَةٌ . فقال : « إِذَا عَرَكْتَ^(١) الْمَرْأَةَ لَمْ يَجْزَ لَهَا أَنْ تُظْهَرَ إِلَّا وَجْهَهَا وَمَا دُونَ هَذَا » . وَقَبْضُ عَلَى ذِرَاعِ نَفْسِهِ ، فَتَرَكَ بَيْنَ قَبْضَتِهِ وَبَيْنَ الْكَفِّ مِثْلَ قَبْضَةٍ أُخْرَى أَوْ نَحْوَهَا^(٢) . احتجَّ أحمدُ بهذا الحديثِ . وَتَخْصِيصُ الْحَائِضِ بِهَذَا التَّحْدِيدِ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَةِ أَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ فِي حَقِّ غَيْرِهَا .

٣٠٧١ - مسألة ؛ قال الشيخ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَلَا يَجُوزُ التَّصْرِيحُ بِخُطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ ، وَلَا التَّعْرِيزُ بِخُطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ) أَمَّا التَّصْرِيحُ بِخُطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ ، فَلَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ ﴾^(٣) . دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ التَّصْرِيحِ ؛ لِأَنَّ التَّصْرِيحَ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ النِّكَاحِ ، فَلَا يُؤْمَنُ أَنْ يَحْمِلَهَا الْحَرَضُ عَلَيْهِ عَلَى الْإِخْبَارِ بَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا قَبْلَ انْقِضَائِهَا ، وَالتَّعْرِيزُ بِخِلَافِهِ .

الإنصاف

قوله : وَلَا يَجُوزُ التَّصْرِيحُ - وهو ما لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ النِّكَاحِ - بِخُطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ ، وَلَا التَّعْرِيزُ - وهو ما يُفْهَمُ مِنْهُ النِّكَاحُ مَعَ اخْتِمَالِ غَيْرِهِ - بِخُطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ . بلا نزاع .

(١) عركت : حاضت .

(٢) أورده ابن جرير ، في : تفسيره ١١٩/١٨ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٥ .

وَيَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَالْبَائِنِ بِطَلَاكِ ثَلَاثٍ .

وَهَلْ يَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بغيرِ الثَّلَاثِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٣٠٧٢ - مسألة : فَأَمَّا الرَّجْعِيَّةُ ، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ التَّعْرِيزُ بِخَطْبَتِهَا وَلَا التَّضْرِيحُ ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ ، فَهِيَ كَالَّتِي فِي صُلْبِ نِكَاحِهِ .

٣٠٧٣ - مسألة : (وَيَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَ) فِي (الْبَائِنِ بِطَلَاكِ ثَلَاثٍ) الْمُعْتَدَاتُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرَبٍ ؛ الرَّجْعِيَّةُ ^(١) ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ مَنْ هِيَ فِي [٨٣/٦ ط] صُلْبِ النِّكَاحِ ، وَقَدْ ذَكَّرْنَاهَا . الثَّانِي ، الْمُعْتَدَّةُ مِنَ وَفَاةٍ ، أَوْ طَلَاكِ ثَلَاثٍ ، أَوْ فُسْخٍ لِتَحْرِيمِهَا عَلَى زَوْجِهَا ، كَالْفُسْخِ بِرَضَاعٍ أَوْ لِعَانٍ ، وَنَحْوِهِ مِمَّا لَا تَحِلُّ بَعْدَهُ لَزَوْجِهَا ، فَهَذِهِ يَجُوزُ التَّعْرِيزُ بِخَطْبَتِهَا ؛ لِلآيَةِ ، وَلِمَا رَوَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهَا لَمَّا طَلَّقَهَا زَوْجَهَا ثَلَاثًا : « إِذَا حَلَلْتَ فَأَذِينِي » . وَفِي لَفْظٍ : « لَا تَسْبِقْنِي بِنَفْسِكَ » ^(٢) . وَهَذَا تَعْرِيزٌ بِخَطْبَتِهَا فِي عِدَّتِهَا .

٣٠٧٤ - مسألة : (وَهَلْ يَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بغيرِ الثَّلَاثِ ؟ عَلَى

قوله : وَيَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ . يَعْنِي التَّعْرِيزُ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَالَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، وَ « الْمُفْرَدَاتِ » : إِنْ دَلَّتْ عَلَى اقْتِرَانِهِمَا ، كَمُتَحَائِنٍ قَبْلَ مَوْتِ الزَّوْجِ ، مَنَعْنَا مِنْ تَعْرِيزِهِ فِي الْعِدَّةِ .
قوله : وَيَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بِطَلَاكِ ثَلَاثٍ - بِلَا نِزَاعٍ - وَهَلْ يَجُوزُ فِي عِدَّةِ الْبَائِنِ بغيرِ الثَّلَاثِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهُمَا رِوَايَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تحريجه في ١١/١٨١ ، وفي صفحة ٥٣ .

المتنع والتعريض نحو قوله : إني في مثلك لراغب . و : لا تفوتيني بنفسك .

الشرح الكبير (وجهين) هذا الضرب الثالث ، كالمختلعة^(١) ، والبائن بفسخ ، لعيب أو إغسار أو نحوه ، فلزوجهما التصريح بخطبتهما والتعريض ؛ لأنه مباح له نكاحها في عدتها ، فهي كغير المعتدة . وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتهما ؟ فيه وجهان . وللشافعي فيه قولان ؛ أحدهما ، يجوز ؛ لعموم الآية ، ولأنها بائن ، فأشبهت المطلقة ثلاثاً . والثاني ، لا يجوز ؛ لأن الزوج يملك أن يستبيحها ، فهي كالرجعية . والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة فيما^(٢) يحل ويحرم ؛ لأن الخطبة للعقد ، فلا يختلفان في حله وحرمة .

٣٠٧٥ - مسألة : (والتعريض قوله : إني في مثلك لراغب . و :

الإصناف و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المعنى » ، و « الهادي » ، و « البلغة » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الفائق » ، و « تجريد العناية » ، وغيرهم ؛ أحدهما ، لا يجوز . جزم به في « الوجيز » ، و « المنور » ، و « منتخب الأذجي » . وقدمه في « المحرر » . والثاني ، يجوز . وهو المذهب . جزم به في « العمدة » . وصححه في « التصحيح » . واختاره ابن عبدوس في « تذكيره » .

(١) في م : « كالمختلعة » .

(٢) في م : « مما » .

وَتُجِيبُهُ : مَا يُرْغَبُ عَنْكَ . وَ : إِنْ قُضِيَ شَيْءٌ كَانَ . وَنَحْوُهُمَا . ^{المقنع}

لا تَفُوتِنِي بِنَفْسِكَ (وَ : مَا أَحْوَجَنِي إِلَى مِثْلِكَ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : أَنْتِ مَرْغُوبٌ فِيكَ . وَ : أَنْتِ جَمِيلَةٌ . وَ : إِذَا حَلَلْتَ فَأَذِينِي . وَنَحْوُ ذَلِكَ . قَالَ مجَاهِدٌ : مَاتَ رَجُلٌ ، وَكَانَتْ امْرَأَتُهُ تَتَّبِعُ ^(١) الْجِنَازَةَ ، فَقَالَ لَهَا رَجُلٌ : لَا تَسْبِقِينَا بِنَفْسِكَ . فَقَالَتْ : سَبَقَكَ غَيْرُكَ .

٣٠٧٦ - مسألة : (وَتُجِيبُهُ) المرأة : (مَا يُرْغَبُ عَنْكَ . وَ : إِنْ قُضِيَ شَيْءٌ كَانَ) وما أَشْبَهَهُ .

فصل : فَأَمَّا التَّصْرِيحُ فَهُوَ اللفظُ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ النِّكَاحِ ، نَحْوُ قَوْلِهِ : زَوَّجَنِي نَفْسَكَ . وَ : إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُكَ تَزَوَّجْتُكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ هَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾ ^(٢) . فَإِنَّ النِّكَاحَ يُسَمَّى سِرًّا ، قَالَ الشَّاعِرُ ^(٣) :

فَلَنْ تَطْلُبُوا سِرَّهَا لِلْغِنَى وَلَنْ تُسَلِّمُوهَا لِإِزْهَادِهَا ^(٤)

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : السِّرُّ : الْجِمَاعُ . وَأَنْشَدَ لَامِرِي الْقَيْسِ ^(٥) :

أَلَا زَعَمْتَ بِسَبَاسَةِ الْقَوْمِ أَنَّيَ كَبِرْتُ وَأَنْ لَا يُحْسِنَ السِّرَّ أَمْثَالِي

تنبیه : محلُّ الخِلافِ ، إِذَا كَانَ الْمُعْرَضُ أَجْنَبِيًّا . فَأَمَّا مَنْ كَانَتْ فِي عِصْمَتِهِ ، الْإِنْصَافُ فَإِنَّهُ يُبَاحُ لَهُ التَّعْرِيزُ وَالتَّصْرِيحُ ، بَلَا نِزَاعٍ .

(١) فِي م : « تَشِيع » .

(٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٥ .

(٣) هُوَ الْأَعَشَى ، وَالْبَيْتُ فِي دِيْوَانِهِ ٧٥ .

(٤) إِزْهَادُهَا : زَهَادُهَا فِيهَا لِفَقْرِهَا .

(٥) الْبَيْتُ فِي دِيْوَانِهِ ٢٨ . وَفِيهِ : « بِسَبَاسَةِ الْيَوْمِ » وَبَسَابَسَةُ : امْرَأَةٌ عَيْرَتُهُ بِالْكَبَرِ .

المقنع وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ ، وَإِنْ رُدَّ ، حَلَّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالُ فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير ومُواعِدَةُ السِّرِّ أَنْ يَقُولَ : عِنْدِي جِمَاعٌ يُرْضِيكَ . (وَنَحْوُهُ قَوْلُهُ : رَبِّ جِمَاعٍ يُرْضِيكَ^(١) . فَتُهَيَّ عَنْهُ لِمَا فِيهِ مِنَ الْهَجْرِ وَالْفُحْشِ وَالِدَّنَاءَةِ وَالسُّخْفِ .

فصل : فَإِنْ صَرَّحَ بِالْخِطْبَةِ ، أَوْ عَرَّضَ فِي مَوْضِعٍ يَحْرُمُ التَّعْرِيزُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ حِلِّهَا ، صَحَّ نِكَاحُهَا . وَقَالَ مَالِكٌ : يُطْلَقُهَا تَطْلِيقَةً ، ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمُحَرَّمُ لَمْ يُقَارِنْ^(٢) الْعَقْدَ ، فَلَمْ يُوَثِّرْ فِيهِ ، كَمَا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي ، أَوْ كَمَا لَوْ رَأَاهَا مُتَجَرِّدَةً ثُمَّ تَزَوَّجَهَا .

٣٠٧٧ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ ، وَإِنْ رُدَّ ، حَلَّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالُ فَعَلَى وَجْهَيْنِ) الْخِطْبَةُ بِالْكَسْرِ : خِطْبَةُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ لِيَتَزَوَّجَهَا . وَبِالضَّمِّ : حَمْدُ اللَّهِ وَالتَّشَهُدُ . وَلَا يَخْلُو حَالُ الْمَخْطُوبَةِ [٨٤/٦] مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ :

الإِنصافُ قَوْلُهُ : وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ . هَذَا الْمَذْهَبُ . يَعْنِي ، يَحْرُمُ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ : قَالَهُ أَصْحَابُنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَاتِحِ » . وَقِيلَ :

(١-١) سقط من : م .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « يَفَارِقُ » .

أَحَدُهَا ، أَنْ تَسْكُنَ إِلَى الْخَاطِبِ لَهَا ، فَتُجِيبَهُ ، أَوْ تَأْذَنَ لَوَلِيِّهَا فِي إِجَابَتِهِ ،
فهذه يَحْرُمُ عَلَى غَيْرِهِ خِطْبُهَا ؛ لما رَوَى ابْنُ عُمرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا
يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ » . وعن أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ :
« لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ ، حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرُكَ » . مُتَّفَقٌ
عليهما^(١) . ولأنَّ في ذلك إفسادًا على الْخَاطِبِ الْأَوَّلِ ، وإيقاعَ الْعَدَاوَةِ بَيْنَ
النَّاسِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنَّ قَوْمًا حَمَلُوا النَّهْيَ
عَلَى الْكَرَاهَةِ ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

يُكْرَهُ . اخْتَارَهُ أَبُو حَفْصٍ . قَالَ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ فِي « نُكَّتِهِ » ، وَالشَّرِيفُ
أَبُو جَعْفَرٍ : قَالَهُ فِي « الْفَائِقِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيُّ » . فعلى الْمَذْهَبِ ، يَصِحُّ الْعَقْدُ .
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . قَالَهُ
ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ : قَالَ أَبُو بَكْرٍ : الْبَيْعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ بَاطِلٌ .
نَصٌّ عَلَيْهِ . فَخَرَجَ ابْنُ عَقِيلٍ وَغَيْرُهُ بِطُلَانِ النِّكَاحِ ؛ لِلنَّهْيِ .

قوله : وَلَا يَجِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ . اعْلَمْ أَنَّهُ إِذَا
أُجِيبَ تَضَرُّعًا ، فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ أُجِيبَ تَعْرِضًا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصْتَفِ هُنَا ،
أَنَّهُ لَا يَجِلُّ لَهُ أَيْضًا كَالْتَضَرُّعِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ،
رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالْخَرَقِيُّ . وَصَحَّحَهُ النَّازِمُ . وَاخْتَارَهُ الْمُصْتَفِ فِي « الْمُعْنَى » ،
وَالشَّارِحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ . قَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ

(١) تقدم تخريجهما في ١٢٩/١١ ، ١٨٠ . ويعدل في تخريج الحديث الأول عارضة الأحوذى من ٤٨٠/١
إلى ٧٠/٥ . وحديث أبي هريرة بهذا اللفظ إنما أخرجه البخاري ، في : باب لا يخطب على خطبة أخيه ...
من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢٤/٧ . والنسائي ، في : باب النهي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ،
من كتاب النكاح . المجتبى ٦٠/٦ . وليس هذا اللفظ عند مسلم .

القسم الثاني ، أن تردّه أو^(١) لا تَرَكَنَّ إليه ، فيجوزُ خِطْبُهَا ؛ لما رَوَتْ
فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ أَنَّهَا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرَتْ أَنَّ مُعَاوِيَةَ وَأَبَا جَهْمٍ
خَطَبَاهَا ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُغْلُوكَ لَا مَالَ لَهُ ، وَأَمَّا أَبُو
جَهْمٍ فَلَا يَصْنَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ ، أَنْكِحِي أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ » . مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ^(٢) . فَخَطَبَهَا النَّبِيُّ ﷺ بَعْدَ إِخْبَارِهَا بِإِيَّاهُ بِخُطْبَةٍ مُعَاوِيَةَ وَأَبَى جَهْمٍ
لَهَا . وَلِأَنَّ تَحْرِيمَ خِطْبِهَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ إِضْرَارٌ بِهَا ؛ فَإِنَّهُ لَا يَشَاءُ أَحَدٌ
أَنْ يَمْنَعَ الْمَرْأَةَ النِّكَاحَ^(٣) إِلَّا مَنَعَهَا بِخُطْبَتِهِ إِيَّاهَا . وَكَذَلِكَ لَوْ عَرَّضَ لَهَا فِي
عِدَّتِهَا بِالْخُطْبَةِ فَقَالَ : لَا تَفُوتِيَنِي بِنَفْسِكَ . وَأَشْبَاهَ هَذَا ، لَمْ تَحْرُمْ
خِطْبُهَا ؛ لِأَنَّ فِي قِصَّةِ فَاطِمَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا تَفُوتِيَنِي بِنَفْسِكَ » .

الإمام أحمد ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِبَاحَةً [٧/٣ ط] خِطْبِهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ،
و « الرَّعَائِيَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ،
وَ « الزُّرْكَشِيِّ » .

تنبيه : مفهومُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ لَهُ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ الذَّمِّ مُطْلَقًا ؛
لأنَّه لَيْسَ بِأَخِيهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، نَصٌّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، فِي رِوَايَةٍ
عَلَى بْنِ سَعِيدٍ .

فائدة : قَوْلُهُ : وَإِنْ رُدَّ ، حَلٌّ . بِلَا نِزَاعٍ . وَكَذَا إِنْ تَرَكَ الْخُطْبَةَ ، أَوْ أُذِنَ لَهُ .
وَكَذَا إِنْ سَكَتَ عَنْهُ ، بَعْدَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنِ عَقِيلٍ . وَقَدَّمَهُ
الزُّرْكَشِيُّ . وَعَنْ الْقَاضِي ، سُكُوتُ الْبِكْرِ رِضًا .

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ١٨١/١١ ، وفي صفحة ٥٣ .

وَلَمْ يُنْكِرْ^(١) خِطْبَةَ أُمِّ جَهْمٍ وَمُعَاوِيَةَ لَهَا . وَذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(٢) أَنَّ ابْنَ وَهْبٍ رَوَى بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَارِثِ ابْنِ^(٣) سَعْدٍ ابْنَ أَبِي ذُبَابٍ^(٤) ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ خَطَبَ امْرَأَةً عَلَى جَرِيرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَعَلَى مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ ، وَعَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ، فَدَخَلَ عَلَى الْمَرْأَةِ وَهِيَ جَالِسَةٌ فِي بَيْتِهَا ، فَقَالَ عُمَرُ : إِنَّ جَرِيرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ خَطَبَ ، وَهُوَ سَيِّدُ أَهْلِ الْمَشْرِقِ ، وَمَرْوَانُ يَخْطُبُ ، وَهُوَ سَيِّدُ شَبَابِ قُرَيْشٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، وَهُوَ مَنْ قَدْ عَلِمْتُمْ ، وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ . فَكَشَفَتِ الْمَرْأَةُ السُّتْرَ ، فَقَالَتْ : أَجَادُ أُمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَالَتْ : قَدْ أَنْكَحْتُ أُمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، فَأَنْكَحُوهُ . فَهَذَا عُمَرُ قَدْ خَطَبَ عَلَى وَاحِدٍ بَعْدَ وَاحِدٍ ، قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ مَا تَقُولُ الْمَرْأَةُ فِي الْأَوَّلِ .

قوله : وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْحَالِ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْبُلْغَةِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِحِ » ، و « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَا نَقَلَهُ الْمَيْمُونِيُّ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » .

(١) فِي م : « يَذْكُرُ » .

(٢) فِي : الْأَسَدُكَارِ ١١/١٦ ، وَالتَّهْدِيدِ ٢١/١٣ . كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ عَسَاكِرٍ فِي تَارِيخِهِ ٣٤٤/١٦ .

(٣ - ٣) فِي م : « سَعِيدٌ عَنْ أَبِي رِثَابٍ » .

وَهُوَ الْحَارِثُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَعْدٍ بْنِ أَبِي ذُبَابٍ . انْظُرْ تَرْجُمَتَهُ فِي : تَهْذِيبِ التَّهْذِيبِ ١٤٧/٢ .

القسم الثالث : أن يُوجَدَ مِنَ الْمَرْأَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا وَالسُّكُونِ ،
تَعْرِضًا لَا تَصْرِيحًا ، كَقَوْلِهَا : مَا أَنْتَ إِلَّا رِضًا . و : مَا عَنْكَ رَغْبَةٌ .
فهذا في حُكْمِ الْأَوَّلِ ، لَا يَحِلُّ لِغَيْرِهِ خِطْبَتُهَا . هذا ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ ،
وظاهرُ كلامِ أَحْمَدَ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا رَكَنَ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ ، فَلَا يَحِلُّ
لأَحَدٍ أَنْ يَخْطُبَ . وَالرُّكُونُ يُسْتَدَلُّ عَلَيْهِ بِالتَّعْرِيزِ تَارَةً ، وَبِالتَّصْرِيحِ
أُخْرَى . وَقَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ إِبَاحَةُ خِطْبَتِهَا . وَهُوَ مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ فِي الْجَدِيدِ ؛ لِحَدِيثِ فَاطِمَةَ ، حَيْثُ [٨٤/٦ ط] خَطَبَهَا النَّبِيُّ
ﷺ . وَزَعَمُوا أَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ كَلَامِهَا رُكُونُهَا إِلَى أَحَدِهِمَا . وَاسْتَدَلَّ
الْقَاضِي بِخِطْبَتِهِ لَهَا قَبْلَ سُؤْلِهَا هَلْ وَجَدَ مِنْهَا مَادَّةً عَلَى الرِّضَا أَوْ لَا . وَلَنَا ،
عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ
أَخِيهِ » . وَلِأَنَّهُ وَجَدَ مِنْهَا ^(١) مَا دَلَّ عَلَى الرِّضَا ، فَحَرُمَتْ خِطْبَتُهَا ، كَمَا لَوْ
صَرَّحَتْ بِذَلِكَ . وَأَمَّا حَدِيثُ فَاطِمَةَ ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ ، فَإِنَّ فِيهِ مَا يَدُلُّ
عَلَى أَنَّهَا لَمْ تَرْكَنْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

فائدة : قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَلَوْ خَطَبَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ وَلِيُّهَا الرَّجُلَ
إِبْتِدَاءً فَأَجَابَهَا ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحِلَّ لِرَجُلٍ آخَرَ خِطْبَتُهَا ، إِلَّا أَنَّهُ أَضْعَفُ مِنْ أَنْ يَكُونَ
هُوَ الْخَاطِبُ . وَنَظِيرُ الْأَوَّلَى ، أَنَّ تَخْطُبَهُ امْرَأَةٌ أَوْ وَلِيُّهَا بَعْدَ أَنْ يَخْطُبَ هُوَ امْرَأَةً ،
فَإِنَّ هَذَا إِذْدَاءٌ لِلْمَخْطُوبِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، كَمَا أَنَّ ذَاكَ إِذْدَاءٌ لِلْخَاطِبِ ، وَهَذَا بِمَنْزِلَةِ
الْبَائِعِ عَلَى يَتِّعِ أَخِيهِ قَبْلَ انْعِقَادِ الْعَقْدِ ، وَذَلِكَ كُلُّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ حَرَامًا .

(١) سقط من : الأصل .

والتَّعْوِيلُ فِي الرَّدِّ وَالْإِجَابَةِ إِنْ لَمْ تَكُنْ مُجْبِرَةً عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ

الشرح الكبير

قد كان قال لها : « لَا تَسْبِقْنِي بِنَفْسِكَ » . وفي رواية : « إِذَا حَلَلْتُ فَأَذِّنِي » . فلم تَكُنْ لَتَفْتَاتَ بِالْإِجَابَةِ قَبْلَ إِذْنِهِ . الثاني ، أَنَّهَا ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَالْمُسْتَشِيرَةِ لَهُ فِيهِمَا أَوْ فِي الْعُدُولِ عَنْهُمَا ، وليس في الاستشارة دليل على ترجيح^(١) أحد الأمرين ، ولا ميل إلى أحدهما ، على أَنَّهَا إِنَّمَا ذَكَرَتْ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَتَرْجِعَ إِلَى قَوْلِهِ وَرَأْيِهِ ، وقد أشارَ عليها بِتَرْكِهِمَا ؛ لما ذَكَرَ مِنْ عَيْبِهِمَا ، فَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى رَدِّهَا لهما ، وَتَصَرَّيْحُهَا بِمَنْعِهِمَا . وَمِنْ وَجْهِ آخَرَ ، وهو أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قد سَبَقَهُمَا بِخِطْبَتِهَا تَعْرِيضًا^(٢) بقوله لها ما ذَكَرْنَا ، فكانت خِطْبَتُهُ لها مَبْنِيَّةً عَلَى الْخِطْبَةِ السَّابِقَةِ ، بخلافِ ما نحن فيه . فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْحَالُ فَعَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِعُمُومِ النَّهْيِ . والثاني ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِجَابَةِ الْمُحَرَّمَةِ .

٣٠٧٨ - مسألة : (والتَّعْوِيلُ فِي الرَّدِّ وَالْإِجَابَةِ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ

الإنصاف

فائدةُ أُخْرَى : لو أَذْنَتْ لَوَلِيِّهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ بَعَيْنِهِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَحْرُمَ عَلَى غَيْرِهِ خِطْبَتُهَا ، كما لو خَطَبَ فَأُجَابَتْ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَحْرُمَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْطُبْهَا أَحَدٌ . قال ذلك القاضي أَبُو يَعْلَى . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وهذا دليلٌ مِنْ الْقَاضِي عَلَى أَنَّ سُكُوتَ الْمَرْأَةِ عِنْدَ الْخِطْبَةِ لَيْسَ بِإِجَابَةٍ بِحَالٍ .

قوله : والتَّعْوِيلُ فِي الرَّدِّ وَالْإِجَابَةِ عَلَيْهَا ، إِنْ لَمْ تَكُنْ مُجْبِرَةً - بلا نزاع -

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في الأصل : « لها » .

مُجْبِرَةً ، وإن كانت مُجْبِرَةً ، فعلى الولي (أما إذا لم تكن مُجْبِرَةً ؛ فلائها أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، فَإِنْ أَجَابَ هُوَ ، وَرَغِبَتْ عَنِ النِّكَاحِ ، كَانَ الْأَمْرُ أَمْرَهَا . فَإِنْ أَجَابَ وَلِيُّهَا فَرَضِيَتْ ، فَهُوَ كَأَجَابِهَا ، وَإِنْ سَخِطَتْ فَلَا حُكْمَ لِإِجَابَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا . وَلَوْ أَجَابَ الْوَلِيُّ فِي حَقِّ الْمُجْبِرَةِ ، فَكَرِهَتْ الْمُجَابَ وَاخْتَارَتْ غَيْرَهُ ، سَقَطَ حُكْمُ إِجَابَةِ وَلِيِّهَا ؛ لَكَوْنِ اخْتِيَارِهَا مُقَدِّمًا عَلَى اخْتِيَارِهِ . وَإِنْ كَرِهَتْهُ وَلَمْ تَخْتَرْ سِوَاهُ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ حُكْمُ الْإِجَابَةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَمَرَ بِاسْتِمَارِهَا ، فَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُكْرِهَهَا عَلَى مَنْ (١) لَا تَرْضَاهُ . وَإِنْ أَجَابَتْ ثُمَّ رَجَعَتْ عَنِ الْإِجَابَةِ وَسَخِطَتْهُ ، زَالَ حُكْمُ الْإِجَابَةِ ؛ لِأَنَّ لَهَا الرُّجُوعَ . وَكَذَلِكَ إِذَا رَجَعَ الْوَلِيُّ الْمُجْبِرُ عَنِ الْإِجَابَةِ ، زَالَ حُكْمُهَا ؛ لِأَنَّ لَهُ النَّظَرَ فِي أَمْرِ مَوْلِيَّتِهِ ، مَا لَمْ يَقَعْ الْعَقْدُ . وَإِنْ لَمْ تَرْجَعْ هِيَ وَلَا وَلِيُّهَا ، لَكِنْ تَرَكَ الْخَاطِبُ الْخِطْبَةَ ، أَوْ (٢) أَذِنَ فِيهَا ، جَازَتْ خِطْبَتُهَا ؛ لِمَا رُوِيَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ نَهَى أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ ، حَتَّى يَأْذَنَ أَوْ يَتْرُكَ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ (٣) .

الإِنصاف وإن كانت مُجْبِرَةً ، فعلى الولي . هذا المذهب ؛ سواء رَضِيَتْ أَوْ كَرِهَتْ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَالَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « مَا » .

(٢) فِي م : « وَ » .

(٣) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي ١١/١٧٩ ، ١٨٠ ، وَصَفْحَةُ ٧٣ .

فصل : وخطبة الرجل على خطبة أخيه^(١) في موضع النهي محرمة . قال أحمد : لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال . وقال أبو حفص العكبري : هي مكروهة غير محرمة ، وهذا نهى تأديب . ولنا ، ظاهر النهي ، فإن مقتضاه التحريم ، ولأنه نهى عن الإضرار بالآدمي المعصوم ، فكان على التحريم ، كالنهي عن أكل [١٨٥/٦] ماله . فإن فعل فنيكاحه صحيح . نص عليه أحمد فقال : لا يفرق بينهما . وهذا مذهب الشافعي . ورؤى عن مالك ، وداود ، أنه لا يصح . وهو قياس قول أبي بكر ؛ لأنه قال في البيع على بيع أخيه : هو باطل . وهذا في معناه ؛ لأنه نكاح منهي عنه ، فكان باطلا ، كنكاح الشغار . ولنا ، أن المحرم لم يقارن العقد ، فلم يؤثر ، كما لو صرح بالخطبة في العدة .

فصل : ولا يكره للولي الرجوع^(٢) عن الإجابة^(٣) إذا رأى المصلحة لها في ذلك ؛ لأن الحق لها ، وهو نائب عنها في النظر لها ، فلم يكره له الرجوع إذا رأى المصلحة ، كما لو ساوم في بيع دارها ، ثم رأى المصلحة لها^(٣) في تركها . ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب ؛ لأنه

المصنف ، والشارح : لو أجاب ولي المرأة ، فكرهت المجاب واختارت غيره ، سقط حكم إجابة وليها ، وإن كرهته ولم تختَر سواه ، فينبغي أن يسقط حكم الإجابة ، وإن أجابت ثم رجعت ، زال حكم الإجابة .

(١) في م : « غيره » .

(٢) (٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

عَقْدُ عُمَرُ يَدُومُ الضَّرَرُ فِيهِ ، فَكَانَ لَهَا الْاِخْتِيَاظُ لِنَفْسِهَا ، وَالنَّظَرُ فِي خِطْبَتِهَا . وَإِنْ رَجَعَا عَنْ ذَلِكَ لِغَيْرِ غَرَضٍ ، كُرَّةٌ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِخْلَافِ الْوَعْدِ وَالرُّجُوعِ عَنِ الْقَوْلِ ، وَلَمْ يَحْرُمْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ بَعْدُ لَمْ يَلْزَمْهُمَا ^(١) ، كَمَنْ سَاوَمَ بِسِلْعَتِهِ ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ لَا يَبِيعَهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْخَاطِبُ الْأَوَّلُ ذِمِّيًّا ، لَمْ تَحْرُمِ الْخِطْبَةُ عَلَى خِطْبَتِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : « لَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ ، وَلَا يُسَاوِمُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ » . إِنَّمَا هُوَ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلَوْ خَطَبَ عَلَى خِطْبَةِ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ ، أَوْ سَامٍ عَلَى سَوْمِهِمَا ، لَمْ يَكُنْ دَاخِلًا فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِأَخَوَةٍ لِلْمُسْلِمِينَ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : لَا يَجُوزُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ هَذَا خَرَجَ مَخْرَجَ ^(٢) الْغَالِبِ ، لَا لِتَخْصِصِ الْمُسْلِمِ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ لَفْظَ النَّهْيِ خَاصٌّ فِي الْمُسْلِمِينَ ، وَالْحَاقُّ غَيْرُهُ بِهِ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا كَانَ مِثْلَهُ ، وَلَيْسَ الذَّمُّ كَالْمُسْلِمِ ، وَلَا حُرْمَتُهُ كَحُرْمَتِهِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ تَجِبْ إِجَابَتُهُمْ فِي دَعْوَةِ الْوَلِيمَةِ وَنَحْوِهَا . وَقَوْلُهُ : خَرَجَ مَخْرَجَ ^(٣) الْغَالِبِ . قُلْنَا : مَتَى كَانَ فِي الْمَخْصُوصِ بِالذِّكْرِ ^(٤) مَعْنَى يَصْلُحُ أَنْ يُعْتَبَرَ فِي الْحُكْمِ ، لَمْ يَجْزُ حَذْفُهُ وَلَا تَعْدِيَةُ الْحُكْمِ بِدُونِهِ ، وَالْأَخُوَّةُ الْإِسْلَامِيَّةُ لَهَا تَأْثِيرٌ فِي وُجُوبِ الْإِحْتِرَامِ ، وَزِيَادَةِ الْاِخْتِيَاظِ فِي رِعَايَةِ حُقُوقِهِ ، وَحِفْظِ قَلْبِهِ ، وَاسْتِيفَاءِ ^(٥) مَوَدَّتِهِ ، فَلَا يَجُوزُ حَذْفُ ذَلِكَ .

(١) فِي النِّسَخَتَيْنِ : « يَلْزَمُهُمَا » . وَانْظُرِ الْمَغْنَى ٥٧١/٩ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مَجْرَى » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) كَذَا فِي النِّسَخَتَيْنِ ، وَفِي الْمَغْنَى ٥٧٢/٩ : « اسْتِبْقَاءُ » .

وَيُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكَاحِ مَسَاءَ يَوْمِ الْجُمُعَةِ .
وَأَنْ يُخْطَبَ قَبْلَ الْعَقْدِ بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ .

الشرح الكبير

٣٠٧٩ - مسألة : (وَيُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكَاحِ مَسَاءَ يَوْمِ الْجُمُعَةِ)
لأنَّ جَمَاعَةً مِنَ السَّلَفِ اسْتَحَبُّوا ذَلِكَ ؛ مِنْهُمْ ضَمْرَةُ بْنُ حَبِيبٍ ، وَرَاشِدُ
ابْنُ سَعْدٍ^(١) ، وَحَبِيبُ بْنُ عُتْبَةَ^(٢) . وَلأنَّ يَوْمَ شَرِيفٍ وَيَوْمَ عِيدٍ ، وَفِيهِ
خُلِقَ آدَمُ عَلَيْهِ السَّلَامُ^(٣) . وَالْمَسَاءُ بِهِ^(٤) أَوْلَى ؛ فَإِنَّ أَبَا حَفْصٍ رَوَى
بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَسُوا بِالْأَمْلَاقِ ،
فَإِنَّهُ أَكْثَرُ لِبَرَكَةٍ »^(٥) . وَلأنَّ أَقْرَبَ إِلَى مَقْصُودِهِ ، وَأَقْلُ لانتظارِهِ .

٣٠٨٠ - مسألة : (و) يُسْتَحَبُّ (أَنْ يُخْطَبَ قَبْلَ الْعَقْدِ بِخُطْبَةِ ابْنِ
مَسْعُودٍ) خُطْبَةُ الْعَاقِدِ أَوْ غَيْرِهِ قَبْلَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ مُسْتَحَبَّةٌ ، ثُمَّ يَكُونُ

قوله : وَيُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكَاحِ مَسَاءَ يَوْمِ الْجُمُعَةِ . هذا المذهب ، وعليه
الأصحاب . وقال الشَّيْخُ عَبْدُ الْقَادِرِ فِي « الْغُنْيَةِ » : يُسْتَحَبُّ عَقْدُهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ
أَوْ الْخَمِيسِ ، وَالْمَسَاءُ أَوْلَى .

قوله : وَأَنْ يُخْطَبَ قَبْلَ الْعَقْدِ بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ . وهذا المذهب أيضًا ، وعليه
الأصحاب ، وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ قَدِيمًا وَحَدِيثًا . وقال الشَّيْخُ عَبْدُ الْقَادِرِ : إِنَّ آخِرَ الْخُطْبَةِ
عَنِ الْعَقْدِ جَازٍ . انتهى . قلتُ : يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ : مَعَ النِّسْيَانِ بَعْدَ الْعَقْدِ .

(١) في م : « سعيد » .

(٢) في م : « عنية » . ولم نجد له ترجمة .

(٣) انظر ما تقدم في ١٥٧/٥ .

(٤) سقط من م .

(٥) قال في الإرواء ٢٢١/٦ : لم أقف على إسناده .

العقد بعد ذلك ؛ لقول النبي ﷺ : « كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَا يُدْأَى فِيهِ بِالْحَمْدِ لِلَّهِ ، فَهُوَ أَقْطَعُ »^(١) . وقال : « كُلُّ خُطْبَةٍ لَيْسَ فِيهَا شَهَادَةٌ ، فَهِيَ كَالْيَدِ الْجَذْمَاءِ »^(٢) . رواهما ابنُ [٨٥/٦ ط] المُنْذِرُ . ويُجْزَى مِنْ ذَلِكَ أَنَّ يَحْمَدَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَيَتَشَهَّدَ ، وَيُصَلِّيَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَخْطُبَ بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، الَّتِي قَالَ : عَلَّمَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ التَّشَهُدَ فِي الصَّلَاةِ وَالتَّشَهُدَ فِي الْحَاجَةِ ، قَالَ : التَّشَهُدُ : (٣ فِي الْحَاجَةِ : أَنْ (٣) الْحَمْدُ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ ، وَنُسْتَعِينُهُ ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا ، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ ، وَمَنْ يُضِلِّهِ فَلَا هَادِيَ لَهُ ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ، وَيَقْرَأُ ثَلَاثَ آيَاتٍ : ﴿ اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾ ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ ﴿ اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴾ . الْآيَةُ . رَوَاهُ

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّهُ لَا يَزِيدُ عَلَى خُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ فِي « الْعُمْدَةِ » : وَيَقْرَأُ ثَلَاثَ آيَاتٍ . وَذَكَرَهَا . وَقَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : يَأْتِي بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بِالْآيَاتِ الثَّلَاثِ ، وَأَنَّ اللَّهَ أَمَرَ بِالنِّكَاحِ وَنَهَى عَنِ السَّفَاحِ ، فَقَالَ مُخْبِرًا وَآمِرًا : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا

(١) تقدم تخريجه في ٢٢٠/٥ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الخطبة ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٥٦٠/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في خطبة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحول ٢٢/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند

. ٣٤٣ ، ٣٠٢/٢

(٣ - ٣) سقط من : م .

أبو داود ، والترمذي^(١) ، وقال : حديث حسن . قال الخلال : ثنا أبو سليمان^(٢) إمام طرسوس ، قال : كان أحمد بن حنبل إذا حَضَرَ عَقْدَ نِكَاحٍ فلم يُخْطَبْ فيه^(٣) بخطبة ابن مسعود ، قام^(٤) وتركهم . وهذا كان من أبي عبد الله على طريق المبالغة في استحبابها ، لا على الإيجاب لها ؛ فإنَّ حَرَبَ بن إسماعيل قال : قُلْتُ لأحمد : فيَجِبُ أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود ؟ فَوَسَّعَ في ذلك . وقد رَوَى عن ابن عمر ، أنه كان إذا دُعِيَ لتزويج ، قال : لَا تَفْضُضُوا^(٥) علينا الناس ، الحمد لله ، وصلى الله على محمد ، إنَّ فلانًا يَخْطُبُ إليكم ، فإن أنكحتموه فالحمد لله ، وإن ردذتموه فسبحان الله^(٦) . والمستحبُّ خطبة واحدة^(٧) يخطبها

فَقَرَأَ يُعْزِمُهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴿٨﴾ . وقال الشيخ عبد القادر : الإنصاف يُسْتَحَبُّ أن يزيد هذه الآية أيضًا .

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٩/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في خطبة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١٩/٥ - ٢١ . كما أخرجه النسائي ، في : باب كيفية الخطبة ، من كتاب الجمعة . المحتجب ٨٥/٣ ، ٨٦ . وابن ماجه ، في : باب خطبة النكاح . من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٩/١ . والدارمي ، في : باب في خطبة الحاجة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٩٢/١ ، ٣٩٣ ، ٤٣٢ .

(٢) لم نجده .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل : « قال » .

(٥) في الأصل : « تقصوا » . وفي م : « تفصوا » . والمثبت من السنن الكبرى . أي : لا تفرقوا جمعهم .

(٦) أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ١٨١/٧ .

(٧) سقط من : م .

(٨) سورة النور ٣٢ .

الْوَلِيُّ أَوْ الزَّوْجُ أَوْ غَيْرُهُمَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : الْمَسْنُونُ خُطْبَتَانِ . هَذِهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي أَوَّلِهِ ، وَخُطْبَةٌ مِنَ الزَّوْجِ قَبْلَ قَبُولِهِ . وَالْمَنْقُولُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَعَنِ السَّلَفِ ، خُطْبَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَهُوَ أَوَّلَى مَا اتَّبَعَ .

فصل : وليست الخُطْبَةُ واجبةً عند أحدٍ من أهل العلم^(١) فيما عَلِمْنَا^(٢) إِلَّا دَاوُدَ ، فَإِنَّهُ أَوْجَبَهَا ؛ لَمَا ذَكَرْنَاهُ . وَلَنَا ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلنَّبِيِّ ﷺ : زَوِّجْنِيهَا . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « زَوِّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . وَلَمْ يَذْكُرْ خُطْبَةً . وَخُطِبَ إِلَى ابْنِ عَمْرٍ مَوْلَاةً لَهُ ، فَمَا زَادَ عَلَى أَنْ قَالَ : قَدْ أَنْكَحْتُكَ عَلَى مَا أَمَرَ اللَّهُ ، عَلَى إِمْسَاكِ بَمَعْرُوفٍ ، أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ^(٤) . وَقَالَ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ : إِنْ كَانَ الْحُسَيْنُ لِيُزَوِّجَ بَعْضَ بَنَاتِ الْحَسَنِ وَهُوَ^(٥) يَتَعَرَّقُ الْعَرَقُ^(٥) . رَوَاهُمَا ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٦) بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ بَنِي

فائدتان : إحداهما ، كَانَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، إِذَا حَضَرَ الْعَقْدَ وَلَمْ يَسْمَعْ الْخُطْبَةَ ، انْصَرَفَ . وَالْمُجْزِئُ مِنْهَا ، أَنْ يَتَشَهَّدَ وَيُصَلِّيَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٨٠/١٤ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب القول عند النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ١٨٨/٦ ، ١٨٩ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الرجل يزوج أيشترط إمساكاً بمعروف ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٣ . وسعيد بن منصور ، في : باب الشرط عند عقد النكاح . السنن ١ / ١٨٦ ، ١٨٧ . والبيهقي ، في : باب ما يستحب للولي من الخطبة والكلام ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٧ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) أي يأكل ما على العظم من لحم رقيق .

والأثر أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ١٨٨/٦ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٣٨١/٤ .

(٦) في : باب في خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٩/١ .

وَأَنْ يُقَالَ لِلْمُتَزَوِّجِ : بَارَكَ اللَّهُ لَكُمَا وَعَلَيْكُمَا ، وَجَمَعَ بَيْنَكُمَا فِي
الْمَقْنَعِ خَيْرٌ وَعَافِيَةٌ .

الشرح الكبير

سُلَيْمٍ ، قَالَ خَطَبْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أُمَامَةَ بِنْتَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ،
فَأَنكَحَنِي مِنْ غَيْرِ أَنْ يَتَشَهَّدَ . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ تَجِبْ فِيهِ الْخُطْبَةُ
كَالْبَيْعِ ، وَمَا اسْتَدْلُوا بِهِ يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْكَمَالِ بَدُونِ الْخُطْبَةِ ، لَا عَلَى
الْوُجُوبِ .

٣٠٨١ - مسألة ؛ (و) يُسْتَحَبُّ (أَنْ يُقَالَ لِلْمُتَزَوِّجِ : بَارَكَ اللَّهُ
لَكُمَا ، وَعَلَيْكُمَا ، وَجَمَعَ بَيْنَكُمَا فِي خَيْرٍ وَعَافِيَةٍ) وَقَدَرُوا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
رَأَى عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَثَرَ^(١) صُفْرَةٍ ، فَقَالَ : « مَا هَذَا ؟ » .
قَالَ : إِنِّي تَزَوَّجْتُ عَلَى وَزْنِ نَوَاقٍ^(٢) مِنْ ذَهَبٍ^(٣) قُلْتُ : « بَارَكَ اللَّهُ لَكَ ،
أَوَّلُكُمْ وَلَوْ بِشَاةٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ : وَزْنٌ [٥٦٦/٦]

الثَّانِيَةُ ، قَالَ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ فِي « نُكْنَاهُ عَلَى الْمُحَرَّرِ » : وَقَعَ فِي كَلَامِ الْقَاضِي
فِي « الْجَامِعِ » مَا يَقْتَضِي أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ فِي شَوَالٍ .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب ما جاء في قول الله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا ... ﴾ ، من
كتاب البيوع ، وفي : باب إحصاء النبي ﷺ بين المهاجرين والأنصار ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفي : باب
قول الرجل لأخيه : انظر أئمتي زوجتي شئت ، وباب قول الله تعالى : ﴿ وَأَتَوَاتَى النِّسَاءَ صَدَقَاتُهُنَّ نَحْلَةً ... ﴾ .
وباب الصفرة للمتزوج ... ، وباب كيف يدعى للمتزوج ، وباب الوليمة حق ، وباب الوليمة ولو بشاة ، من
كتاب النكاح ، وفي : باب الإحصاء والخلف ، من كتاب الأدب ، وفي : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب
الدعوات . صحيح البخاري ٦٨/٣ ، ٦٩ ، ٣٩/٥ ، ٤/٧ ، ٢٥ ، ٢٧ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٢٧/٨ ، ١٠٢ .
ومسلم ، في : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد .. ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم
= ١٠٤٣ ، ١٠٤٢/٢ .

وَأِذَا زُفْتُ إِلَيْهِ ، قَالَ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا وَخَيْرَ مَا جَبَلْتُهَا
عَلَيْهِ ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبَلْتُهَا عَلَيْهِ .

المنع

الشرح الكبير نَوَاقِ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ مِثْقَالٍ وَنِصْفٌ مِنَ الذَّهَبِ . وَقَالَ
الْمُبَرِّدُ : الصَّوَابُ عِنْدَ أَهْلِ الْعَرَبِيَّةِ أَنْ يُقَالَ : عَلَى ^(١) نَوَاقِ . فَحَسَبُ ؛
فَإِنَّ النَّوَاةَ عِنْدَهُمْ اسْمٌ لَخَمْسَةِ دَرَاهِمَ ، كَمَا أَنَّ الْأَوْقِيَّةَ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا ،
وَالنَّشَّ عِشْرُونَ .

٣٠٨٢ - مسألة : (وَيَقُولُ إِذَا زُفْتُ إِلَيْهِ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا
وَخَيْرَ مَا جَبَلْتُهَا عَلَيْهِ ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبَلْتُهَا عَلَيْهِ) لِمَا رَوَى
صَالِحُ بْنُ أَحْمَدَ ، فِي « مَسَائِلِهِ » ، عَنْ أَبِيهِ ، ثنا دَاوُدُ ، عَنْ أَبِي نَضْرَةَ ،
عَنْ أَبِي سَعِيدٍ ^(٢) مَوْلَى أَبِي أُسَيْدٍ ، قَالَ : تَزَوَّجَ ^(٣) ، فَحَضَرَهُ عَبْدُ اللَّهِ
ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَأَبُو ذَرٍّ ، وَحُذَيْفَةُ ، وَغَيْرُهُمْ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ
ﷺ ، فَحَضَرَتِ الصَّلَاةَ ، فَقَدَّمُوهُ وَهُوَ مَمْلُوكٌ ، فَصَلَّى بِهِمْ ، ثُمَّ قَالُوا

الإنصاف

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب قلة المهر ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٦/١ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في الوليمة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٢/٥ ، ٣ . وابن ماجه ، في : باب الوليمة ،
من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦١٥/١ ، والدارمي ، في : باب في الوليمة ، من كتاب الأطعمة ، وكتاب
النكاح ١٠٤/٢ ، ١٤٣ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٤٥/٢ .
والإمام أحمد ، في : المسند ١٦٥/٣ ، ١٩٠ ، ٢٠٥ ، ٢٧١ .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « أسعد » .

(٣) أي أبو سعيد مولى أبي أسيد .

له : إذا دَخَلْتَ على أَهْلِكَ فَصَلِّ رَكَعَتَيْنِ ، ثُمَّ خُذْ بِرَأْسِ أَهْلِكَ ، فَقُلْ :
 اللَّهُمَّ بَارِكْ لِي فِي أَهْلِي ، وَبَارِكْ لِأَهْلِي فِيَّ ، وَارْزُقْهُمْ مِنِّي ، وَارْزُقْنِي
 مِنْهُمْ . ثُمَّ شَأْنُكَ وَشَأْنُ أَهْلِكَ ^(١) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٢) بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِو
 ابْنِ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا تَزَوَّجَ
^(٣) أَحَدُكُمْ امْرَأَةً أَوْ اشْتَرَى خَادِمًا ، فَلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا ،
 وَخَيْرَ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ . وَإِذَا
 اشْتَرَى بَعِيرًا ، فَلْيَأْخُذْ بِذُرْوَةِ سَنَامِهِ ، وَلْيَقُلْ مِثْلَ ذَلِكَ » .

.....

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٣٩١/٢ ، ١٩١/٦ ، ١٩٢ .

(٢) في : باب في جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٨/١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح ، وفي : باب شراء

الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٧٥٧ / ٢ .

(٣ - ٣) في م : « امرأة و » .

فائدة : في خصائصه ﷺ (١) :

كان له ﷺ أن يتزوج بأى عدد شاء . فيكون قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ ﴾ (٢) [٥٨/٣] ناسخاً لقوله : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ ﴾ (٣) .
قاله في « الفروع » . وقال في « الرعاية » : كان له أن يتزوج بأى عدد شاء ، إلى أن نزل قوله تعالى : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ ﴾ فتكون هذه الآية ناسخة للآية الأولى . وقال القاضى : الآية الأولى تدل على أن من لم تهاجر معه النساء ، لم تحل له . قال في « الفروع » : فيتنوَّجُه احتمال ، أنه شُرطُ في قراباته في الآية لا الأجنبية . انتهى . وكان له ﷺ أن يتزوج بلا ولى ولا شهود ، وفي زمن الإحرام أيضاً . قدّمه في « الفروع » . قال القاضى في « الجامع الكبير » : ظاهر كلام الإمام أحمد ، رحمه الله ، في رواية الميمونى ، جواز النكاح له (٤) بلا ولى ولا شهود ، وفي زمن الإحرام . وأطلق أبو الحسين ، ووالده ، وغيرهما وجهين . وقال ابن حامد : لم يكن له النكاح بلا ولى ولا شهود ولا زمن الإحرام مباحاً . وكان له ﷺ أن يتزوج بلفظ الهبة . جزم به في « الفصول » ، و « المستوعب » ، و « الرعاية الكبرى » . وقدّمه في « الفروع » . وقد جزم ابن الجوزى بجوازه عن الإمام أحمد ، رحمه الله . وعنه ، الوقف . وكان له ﷺ أن يتزوج بلا مهر . جزم به الأصحاب ، وجزم به ابن الجوزى عن العلماء . وكان عليه واجب عليه السواك والأضحية والوتر ، على الصحيح من المذهب . جزم به في

(١) انظر في خصائصه ﷺ كتاب تلخيص الحبير ، لابن حجر ١١٧/٣ - ١٤٤ . حيث استوفى فيه الخصائص .

(٢) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٣) سورة الأحزاب ٥٢ .

(٤) سقط من : ط .

« الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « خِصَالِ ابْنِ الْبَنَّا » ، و « الْعُدَّةِ » الإِنْصَافِ لِلشَّيْخِ عَبْدِ اللَّهِ كُتَيْلَةَ^(١) . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُصُولِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَجُوبُ السُّوَالِ اخْتِيَارُ الْقَاضِي وَابْنِ عَقِيلٍ . وَقِيلَ : لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ ذَلِكَ . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ . ذَكَرَهُ عَنْهُ^(٢) فِي « الْفُصُولِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ،^(٣) وَ « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، فِي السُّوَالِ ، فِي بَابِهِ^(٤) . وَقَالَ فِي « الْفُصُولِ » : وَكَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَكْعَتَا الْفَجْرِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَكَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ الضُّحَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : هَذَا غَلَطٌ ، وَلَمْ يَكُنْ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُوَاطِّبُ عَلَى الضُّحَى بِاتِّفَاقِ الْعُلَمَاءِ بِسُنَّتِهِ . وَكَانَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَاجِبًا عَلَيْهِ قِيَامُ اللَّيْلِ ، وَلَمْ يُنْسَخْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ . قَالَ الْقَاضِي : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : نُسَخَ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُصُولِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » .^(٥) « وَمِنْ خَصَائِصِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ ، وَإِنْ ادَّعَى هُوَ بِحَقٍّ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ . قَالَ أَبُو الْبَقَاءِ الْعُكْبَرِيُّ . نَقَلَهُ عَنْهُ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ فِي « نُكْتِهِ عَلَى الْمُحَرَّرِ »^(٦) . وَأَوْجِبَ عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُخَيَّرَ نِسَاءَهُ بَيْنَ فِرَاقِهِ وَالْإِقَامَةِ مَعَهُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ ، أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي وَجُوبِ التَّسْوِيَةِ فِي الْقَسَمِ كَغَيْرِهِ . وَذَكَرَهُ فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْفُنُونِ » ، وَ « الْفُصُولِ » . وَظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ الْجَوَزِيِّ ، أَنَّهُ غَيْرُ وَاجِبٍ . وَفِي « الْمُتَنَقَّى » اِحْتِمَالَانِ . قَالَ أَصْحَابُنَا ؛ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ : وَفُرِضَ عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنْكَارُ الْمُنْكَرِ إِذَا رَأَاهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » :

(١) تقدمت ترجمته في ٥٧/١ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

فَرَضَ عَلَيْهِ إِنْكَارُ الْمُتَنَكَّرِ إِذَا رَأَاهُ ^(١) « عَلَى كُلِّ حَالٍ » ، وَغَيْرِهِ فِي حَالٍ دُونَ حَالٍ .
 قُلْتُ : حَكَى ذَلِكَ قَوْلَا ابْنِ النَّبَّاءِ فِي « خِصَالِهِ » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ . قَالَ فِي
 « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَقِيلَ : فَرَضَ عَلَيْهِ إِنْكَارُ الْمُتَنَكَّرِ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ . وَمُنِعَ عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
 مِنَ الرَّمْزِ بِالْعَيْنِ وَالْإِشَارَةِ بِهَا ، وَإِذَا لَبَسَ لَأَمَّةَ الْحَرْبِ أَنْ يَنْزَعَهَا ^(٢) حَتَّى يَلْقَى
 الْعَدُوَّ . وَمُنِعَ عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَيْضًا مِنَ الشَّعْرِ وَالْخَطِّ وَتَعَلُّمَهُمَا . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ
 صُرِفَ عَنِ الشَّعْرِ ، كَمَا أُعْجِزَ عَنِ الْكِتَابَةِ ، قَالَ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجْتَمَعَ الصَّرْفُ
 وَالْمَنْعُ . وَمُنِعَ عَلَيْهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ نِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ كَالْأَمَةِ مُطْلَقًا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .
 وَقَالَ ابْنُ شَاقِلَا ، وَابْنُ حَامِدٍ ، وَالْقَاضِي ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » .
 وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُصُولِ » . وَعَنْهُ ،
 لَمْ يُمْنَعْ . وَاخْتَارَهُ الشَّرِيفُ . وَقَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : يُبَاحُ لَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِلْكُ
 الْيَمِينِ ، مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ مُشْرِكَةً . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَاخِرِ بَابِ ذِكْرِ أَهْلِ الزَّكَاةِ ^(٣) حُكْمُ
 الصَّدَقَةِ لَهُ . وَأُبِيحَ لَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْوِصَالُ ، وَخُمْسُ خُمْسِ الْغَنِيمَةِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ :
 وَإِنْ لَمْ يَخْضُرْ . وَأُبِيحَ لَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصَّفِيُّ مِنَ الْمَعْنَمِ ، وَدُخُولُ مَكَّةَ مُحِلًّا سَاعَةً ،
 وَجُعِلَتْ تَرِكَتُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صَدَقَةً . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَظَاهِرُ كَلَامِهِمْ ؛ لَا يُمْنَعُ مَنْ
 الْإِزْثِ . وَقَالَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » : لَا يَرِثُ وَلَا يَعْقِلُ بِالْإِجْمَاعِ . وَلَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
 أَخْذُ الْمَاءِ مِنَ الْعَطْشَانِ . وَيَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ أَنْ يَقِيَهُ بِنَفْسِهِ وَمَالِهِ ، فَلَهُ طَلَبُ ذَلِكَ .
 وَحَرَّمَ عَلَى غَيْرِهِ نِكَاحُ زَوْجَاتِهِ فَقَطْ . وَجَوَّزَ ابْنُ حَامِدٍ وَغَيْرُهُ نِكَاحَ مَنْ فَارَقَهَا فِي
 حَيَاتِهِ ، وَهُنَّ أَزْوَاجُهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ، وَهُنَّ [٨/٣ ط] أُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ . يَعْنِي ،
 فِي تَحْرِيمِ النِّكَاحِ . وَالنَّجَسِ مِثْلًا طَاهِرًا مِنْهُ . ذَكَرَهُ فِي « الْفُنُونِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ

(١ - ٢) زيادة من : ١ .

(٢) في ١ : لا ينزعها .

(٣) ٢٨٩/٧ .

في « الفروع » . وفي « النهاية » لأبي المعالي وغيرها : ليس بطاهر . وهو صلى الله عليه طاهر بعد موته ، بلا نزاع بين العلماء ، بخلاف غيره ، فإن فيه خلافاً ، على ما تقدم في باب إزالة التجاسة^(١) . ولم يذكر الأصحاب هذه المسألة هنا ، وذكر ابن عقيل ، أنه لم يكن له في شمس ولا قمر ؛ لأنه نوراني ، والظل نوع ظلمة . وكانت تجذب الأرض أثقاله^(٢) . انتهى . وسأوى الأنبياء في معجزاتهم ، وانفرد بالقرآن ، والعنائم ، وجعلت له الأرض مسجداً وترابها طهوراً ، والنصر بالرغب مسيرة شهر ، وبعث إلى الناس كافة ، وكل نبي إلى قومه . ومعجزاته صلى الله عليه باقية إلى يوم القيامة ، وانقطعت معجزات الأنبياء بموتهم . وتنام عينه ولا ينام قلبه ، فلا نقض بنومه مضطجعاً . وتقدم ذلك في نواقض الوضوء^(٣) . ويرى من خلفه كما يرى من أمامه . قال الإمام أحمد ، رحمه الله ، وجُمهور العلماء : هذه الرؤية رؤية بالعين حقيقة . ولم يكن غيره أن يقتل إلا بأحدى ثلاث ، وكان له ذلك ، صلوات الله وسلامه عليه . نص عليه في رواية أبي داود . والدفن في البنيان مختص به ، قالت عائشة : لئلا يتخذ قبره مسجداً . وقال جماعة : لوجهين ؛ أحدهما ، قوله صلى الله عليه : « يدفن الأنبياء حيث يموتون »^(٤) . رواه الإمام أحمد ، رحمه الله . والثاني ، لئلا تمسه أيدي العصاة والمنافقين . قال أبو المعالي : وزيارة قبر رسول الله صلى الله عليه مستحبة للرجال والنساء . قال في « الفروع » : وهو ظاهر كلام^(٥) غيره . قلت : فيعابى بها . وقال ابن الجوزي ، على قول أكثر المفسرين في قوله : ﴿ وَلَا

(١) ٣٤٠/٢ .

(٢) في الأصل : « أثقاله » .

(٣) ٢١/٢ .

(٤) تقدم تخريجه في ٢٣٨/٦ .

(٥) في الأصل : « كلامه » .

تَمَنَّيْتُ تَسْتَكْبِرُ ﴿١﴾ : لا تُهْدَى لَتُعْطَى أَكْثَرَ ، هذا الأدبُ لِلنَّبِيِّ ﷺ خاصَّةً ، وأَنَّهُ لا إِيْثَمَ على أُمَّتِهِ في ذلك . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ : خُصَّ النَّبِيُّ ﷺ بِوَأْجِبَاتٍ ، وَمَحْظُورَاتٍ ، وَمُبَاحَاتٍ ، وَكَرَامَاتٍ . وَذَكَرَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّهُ خُصَّ بِصَلَاةٍ رَكَعَتَيْنِ بَعْدَ الْعَصْرِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . قال ابنُ بَطَّةَ : كان خاصًّا به . وكذا أجاب القاضي . قال في « الفروع » : وَيَتَوَجَّهُ ، أَنَّ صَلَاتَهُ قَاعِدًا بِلا عُذْرِ كَصَلَاتِهِ قَائِمًا ، خاصٌّ به . قال : وظاهرُ كلامِهِمْ ، أَنَّهُ لو كان لِنَبِيِّ مَالٍ ، أَنَّهُ تَلَزَّمَهُ الرِّكَاءُ . وقيل للقاضي : الرِّكَاءُ طُهْرَةٌ ، وَالصَّبِيُّ مُطَهَّرٌ . قال : باطلٌ بِرِكَاءِ الْفِطْرِ ثُمَّ بِالْأَنْبِيَاءِ ، صَلَّواتُ اللهِ وَسَلَامُهُ عَلَيْهِمْ ؛ بِأَنَّهُمْ مُطَهَّرُونَ ، وَلَوْ كانَ لَهُمْ مالٌ ، لَرِزِمَتْهُمْ الرِّكَاءُ .

بَابُ أَرْكَانِ النِّكَاحِ وَشُرُوطِهِ

[٢٠٢] فَأَرْكَانُهُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ . وَلَا يَنْعَقِدُ الْإِيجَابُ إِلَّا بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ بِالْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهُمَا ، أَوْ بِمَعْنَاهُمَا الْخَاصُّ بِكُلِّ لِسَانٍ لِمَنْ لَا يُحْسِنُهُمَا .

بَابُ أَرْكَانِ النِّكَاحِ وَشُرُوطِهِ

الشرح الكبير

(أَرْكَانُهُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ بِالْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهُمَا ، أَوْ بِمَعْنَاهُمَا الْخَاصُّ بِكُلِّ لِسَانٍ لِمَنْ لَا يُحْسِنُهُمَا) وَجُمْلَتُهُ ، أَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ ، وَالْجَوَابُ عَنْهُمَا إِجْمَاعًا ، وَهُمَا اللَّذَانِ وَرَدَ بِهِمَا نَصُّ الْكِتَابِ فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ زَوْجْنِكَهَا ﴾ ^(١) . وَقَوْلِهِ : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ ﴾ ^(٢) . وَسَوَاءٌ اتَّفَقَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَوْ اخْتَلَفَا ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ :

الإحصاف

بَابُ أَرْكَانِ النِّكَاحِ وَشُرُوطِهِ

قَوْلُهُ : وَلَا يَنْعَقِدُ الْإِيجَابُ إِلَّا بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ . وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . أَوْ : هَذَا التَّزْوِيجُ . وَمِنْ أَلْفَاظِ صِيَغِ الْقَبُولِ : تَزَوَّجْتُهَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : أَوْ : رَضِيتُ هَذَا النِّكَاحَ . اعْلَمْ أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ بِهِذِهِ الْأَلْفَاظِ ، لِغَيْرِهِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ،

(١) سورة الأحزاب ٣٧ .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

الشرح الكبير زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي . فيقول : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ - أو - هَذَا التَّزْوِيجَ . (١) لا يَنْعَقِدُ بغيرِ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ . وبه قال عطاءٌ ، وسعيدُ بنُ المُسيَّبِ ، والزُّهْرِيُّ ، ورَبِيعَةُ ، والشافعيُّ . وقال الثَّوْرِيُّ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وأبو حنيفةً ، وأصحابُهُ ، وأبو ثورٍ ، وأبو عُبيدٍ : يَنْعَقِدُ بلفظِ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ والْبَيْعِ والتَّمْلِيكِ . وفي لفظِ الإِجَارَةِ عن أبي حنيفةً روايتان . وقال مالكٌ : يَنْعَقِدُ بِذلك إِذَا ذَكَرَ المَهْرَ . واحتجُّوا بأنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوَّجَ رجلاً امرأةً فقال : « مَلَكْتُكُمَا بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ » . رواه البخاريُّ (٢) . ولأنَّهُ لَفْظٌ يَنْعَقِدُ بِهِ تَزْوِيجُ النَّبِيِّ ﷺ ، فانْعَقَدَ بِهِ نِكَاحُ

الإِنصاف وقطع به كثيرٌ منهم ؛ منهم صاحبُ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الوَجِيزِ » ، وغيرُهم . وقَدَّمَهُ في « الفُرُوعِ » وغيره . وقيل : يَصِحُّ ، وَيَنْعَقِدُ بِالْكِنَايَةِ أَيضًا . وخرَّجه ابنُ عَقِيلٍ في « عُمَدِ الْأَدْلَةِ » مِنْ جَعْلِهِ عِتْقَ الْأُمَةِ صَدَاقَهَا . وخرَّجه بعضهم مِنْ قَوْلِ الخَاطِبِ وَالْوَلِيِّ : نعم . فَإِنَّهُ لَمْ يَقَعْ مِنَ الْمُتَخَاطِبِينَ لَفْظٌ صَرِيحٌ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : يَنْعَقِدُ بِمَا عَدَّهُ النَّاسُ نِكَاحًا ، بِأَيِّ لُغَةٍ وَلَفْظٍ وَفِعْلٍ كَانَ . وقال : مثله كلُّ عَقْدٍ . وقال : الشَّرْطُ بَيْنَ النَّاسِ مَا عَدُّوه شَرْطًا ؛ فَالْأَسْمَاءُ تُعَرَّفُ حُدُودُهَا تَارَةً بِالشَّرْعِ ، وَتَارَةً بِاللُّغَةِ ، وَتَارَةً بِالْعُرْفِ ، وَكَذَلِكَ الْعُقُودُ . انتهى . ونَقَلَهُ صَاحِبُ « الفُرُوعِ » . وقال ابنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ في « نُكَيْتِهِ عَلَى الْمُحَرَّرِ » : قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَمِنْ خَطِّهِ نَقَلْتُ : الَّذِي عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ ، أَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ بِغَيْرِ لَفْظِ الْإِنْكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ . قال :

(١) في الأصل : « أو » .

(٢) تقدم تخريجه في ٣٨٠/١٤ .

أُمَّتِهِ ، كَلَفَظَ الْإِنْكَاحَ وَالتَّزْوِيجَ ، وَلِأَنَّهُ أَمَكَّنَ تَصْحِيحُهُ بِمَجَازِهِ ،
فَوَجَبَ تَصْحِيحُهُ ، كَأَيْقَاعِ الطَّلَاقِ بِالْكِنَايَاتِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى :
﴿ وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِنْ
دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ ^(١) . فَذَكَرَ ذَلِكَ خَالِصًا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وَلِأَنَّهُ لَفَظٌ
يَتَعَقَّدُ بِهِ غَيْرُ النِّكَاحِ ، فَلَمْ يَتَعَقَّدْ بِهِ النِّكَاحُ ، كَلَفَظَ ^(٢) الْإِجَارَةَ وَ^(٣)

وَهُوَ الْمَنْصُوصُ [٩/٣ و] عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقِيَاسُ مَذْهَبِهِ ، وَعَلَيْهِ
قَدَمَاءُ أَصْحَابِهِ ؛ فَإِنَّ الْإِمَامَ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، نَصَّ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ عَلَى أَنَّهُ يَتَعَقَّدُ
بِقَوْلِهِ : جَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . وَلَيْسَ فِي هَذَا اللَّفْظِ إِنْكَاحٌ وَلَا تَزْوِيجٌ ، وَلَمْ يَنْقُلْ
أَحَدٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ خَصَّ بِهِذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ ، وَأَوَّلُ مَنْ قَالَ مِنْ
أَصْحَابِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِيمَا عَلِمْتُ ، أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِلَفْظِ الْإِنْكَاحِ
وَالْتَّزْوِيجِ ، ابْنُ حَامِدٍ ، وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ الْقَاضِي وَمَنْ جَاءَ بَعْدَهُ ؛ لَسَبَبِ انْتِشَارِ
كُتُبِهِ ، وَكَثْرَةِ أَصْحَابِهِ وَأَتْبَاعِهِ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَقَالَ شَيْخُنَا : قِيَاسُ
الْمَذْهَبِ صِحَّتُهُ بِمَا تَعَارَفَاهُ نِكَاحًا ؛ مِنْ هِبَةٍ وَتَمْلِيكِ وَنَحْوِهَا ، أَخَذًا مِنْ قَوْلِ الْإِمَامِ
أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : أَعْتَقْتُكَ وَجَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَهُوَ
الْمُخْتَارُ . ثُمَّ قَالَ : قُلْتُ : لَيْسَ فِي كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ تَخْصِيصُ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ
إِلَّا قَوْلَهُ : إِذَا وَهَبَتْ نَفْسَهَا فَلَيْسَ بِنِكَاحٍ . ثُمَّ قَالَ : وَالْأَظْهَرُ أَنَّ فِي صِحَّتِهِ بِلَفْظِ
الْهِبَةِ وَنَحْوِهَا رِوَايَتَيْنِ ؛ أَخَذًا مِنْ قَوْلِ ابْنِ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، فِي الْخَصَائِصِ
مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ : وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، هَلِ النِّكَاحُ
بِلَفْظِ الْهِبَةِ مِنْ خَصَائِصِهِ ﷺ أَمْ لَا ؟ انْتَهَى كَلَامُ صَاحِبِ « الْفَائِقِ » . وَسُئِلَ الشَّيْخُ

(١) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

الإباحة والإحلال ، «ولأنه ليس بصريح في النكاح ، فلا ينعقد به ، كالذي ذكرنا» . وهذا لأن الشهادة شرط في النكاح ، [٨٦/٦ ط] والكناية إنما تعلم^(١) بالنية ، ولا يمكن الشهادة على النية ؛ لعدم اطلاعهم عليها ، فيجب أن لا ينعقد ، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق . وأما الخبر ، فقد روى : « زَوَّجْتُكَهَا » و « أَنْكَحْتُكَهَا » و

تقي الدين ، رحمه الله ، عن رجل لم يقدر أن يقول إلا : قِلْتُ تجوزها . بتقديم الجيم ؟ فأجاب بالصحة ؛ بدليل قوله : جَوَزَتِي طَالِقٌ . فَإِنَّهَا تَطْلُقُ . انتهى . قلت : يُكْتَفَى منه بقوله : قِلْتُ . على ما يأتي ، ويكون هذا قول الأصحاب . وهو المذهب .

فائدة : لو قال الولي للزوج : زَوَّجْتُكَ فَلَانَةَ . بفتح التاء ، هل ينعقد النكاح ؟ توقّف فيها ناصح الإسلام ابن أبي الفهم . وبعض الأصحاب فرق بين العارف باللغة والجاهل بها ، كقوله : أَنْتَ طَالِقٌ أَنْ دَخَلْتَ الدَّارَ . بفتح الهمزة وكسرها ؛ منهم الشيخ محيي الدين يوسف ابن الجوزي ، وأفتى المصنف بصحته مطلقاً . وقال في « الرعاية » : يصح جهلاً أو عجزاً ، وإلا احتمل وجهين . وقال في « الفروع » ، في أوائل باب صريح الطلاق وكنائيه : يتوجه ، أن هذه المسألة كمثل ما لو قال لامرأته : كُلَّمَا قُلْتُ لِي شَيْئاً وَلَمْ أَقُلْ لَكَ مِثْلَهُ ، فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثاً . على ما يأتي في أوائل باب صريح الطلاق وكنائيه . ويأتي هناك ، لو قال لها : أَنْتَ طَالِقٌ . بفتح التاء . وهذه حادثة وقعت بحرّان زمن ابن الصيرفي ، فسأل عنها العلماء . ذكرها في « التواوير » .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في النسختين : « تعمل » والمثبت من المعنى ٤٦١/٩ .

« زَوَّجْنَاكَهَا » . مِنْ طُرُقٍ صَحِيحَةٍ ، وَالْقِصَّةُ وَاحِدَةٌ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ الرَّاَوِيَّ رَوَى بِالْمَعْنَى ظَنًّا مِنْهُ أَنَّ مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ ، فَلَا يَكُونُ حُجَّةً ، وَإِنْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ جَمَعَ بَيْنَ الْأَلْفَاظِ ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْعَقَدَ بِأَحَدِهَا^(١) ، وَالْبَاقِي فَضْلَةٌ .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، أَنَّ النِّكَاحَ يَنْعَقِدُ إِذَا وُجِدَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ؛ سِوَاءِ وَقَعِ مِنْ هَازِلٍ أَوْ مُلْجَأٍ أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ .

فائدة : لَا يَصِحُّ تَغْلِيْقُ النِّكَاحِ عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . قَالَه الْأَصْحَابُ . عَلَى مَا يَأْتِي فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي بَابِ الشُّرُوطِ فِي النِّكَاحِ ، فِيمَا إِذَا عُلِقَ ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ عَلَى شَرْطٍ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : إِنَّمَا قَالَ الْأَصْحَابُ ذَلِكَ لِيُخْرِجُوا الشُّرُوطَ الْحَاضِرَةَ وَالْمَاضِيَةَ ، مِثْلَ قَوْلِهِ : زَوَّجْتُكَ هَذَا الْمَوْلُودَ إِنْ كَانَ أَنْثَى . أَوْ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي إِنْ كَانَتْ عِدَّتُهَا قَدْ انْقَضَتْ . أَوْ : إِنْ كُنْتُ وَلِيَّهَا . وَهِيَ يَعْلَمَانِ ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ . وَكَذَلِكَ تَغْلِيْقُهُ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ . قَالَ ابْنُ شَاقِلَا : لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مَوْجُودٌ إِذَا اللَّهُ شَاءَ ، حَيْثُ اسْتُجْمِعَتْ أَرْكَانُهُ وَشُرُوطُهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي إِنْ شِئْتُ . فَقَالَ : قَدْ شِئْتُ وَقَبِلْتُ . فَإِنَّهُ يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مُوجِبُ الْعَقْدِ وَمُقْتَضَاهُ ، لِأَنَّ الْإِيجَابَ إِذَا صَدَرَ ، كَانَ الْقَبُولُ إِلَى مَشِيئَةِ الْقَابِلِ وَرِضَاهُ ، فَلَا يَضُرُّ شَرْطُهُ فِيهِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِشَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ؛ لِأَنَّ مَشِيئَةَ الْقَابِلِ مُقَارِنَةٌ لِلْقَبُولِ ، وَلَا يَتِمُّ الْعَقْدُ بِدُونِهِ . انْتَهَى .

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِأَحَدِهِمَا » .

فصل : وَمَنْ قَدَرَ عَلَى لَفْظِ النِّكَاحِ بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَمْ يَصِحَّ عَقْدُهُ بِغَيْرِهَا .
وهذا أحدُ أقوالِ الشافعي . وعند أبي حنيفة يُنْعَقَدُ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِلَفْظِهِ الْخَاصِّ ،
فَانْعَقَدَ بِهِ ، كَمَا يُنْعَقَدُ بِالْعَرَبِيَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَدَلَ عَنْ لَفْظِ الْإِنْكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ
مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَلَفْظِ الْإِحْلَالِ ، وَلِأَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطٌ فِي
النِّكَاحِ ، وَهِيَ وَاقِعَةٌ عَلَى اللَّفْظِ ، وَغَيْرُ هَذَا اللَّفْظِ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ
لِلنِّكَاحِ ، وَإِنَّمَا يُصَرَّفُ إِلَيْهِ بِالنِّيَّةِ ، وَلَا شَهَادَةَ عَلَيْهَا ، فَيَخْلُو النِّكَاحُ عَنْ
الشَّهَادَةِ . وَمَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ أَقْبَسُ ، قِيَاسًا عَلَى سَائِرِ الْعُقُودِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ
مِنْ تَعَدُّرِ^(١) الشَّهَادَةِ عَلَى غَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ مُلْعَى بِمَا إِذَا لَمْ يُحْسِنْ الْعَرَبِيَّةَ .

فصل : فَأَمَّا مَنْ لَا يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ ، فَيَصِحُّ مِنْهُ عَقْدُ النِّكَاحِ بِلِسَانِهِ ؛
لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَمَّا سِوَاهُ ، فَسَقَطَ عَنْهُ ، كَالْأَخْرَسِ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَأْتِيَ
بِمَعْنَاهُمَا الْخَاصِّ ، بَحَيْثُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَعْنَى اللَّفْظِ الْعَرَبِيِّ .

قوله : بِالْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهَا . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يُنْعَقَدُ إِلَّا بِالْعَرَبِيَّةِ
لِمَنْ يُحْسِنُهَا . جَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» ، وَ«الْفَائِقِ» ، وَ«الْمُنَوِّرِ» ، وَ«مُنْتَخَبِ
الْأَرْجَى» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» . وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ أَنْعِقَادَهُ
بِغَيْرِهَا . وَاخْتَارَهُ الشَّارِحُ أَيْضًا ، وَقَالَ : هُوَ أَقْبَسُ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ،
رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَصَاحِبُ «الْفَائِقِ» ، وَغَيْرُهُمْ . [٩/٣ ظ] وَجَزَمَ بِهِ فِي «التَّبَصُّرَةِ» .

(١) فِي الْأَصْلِ : «مَقْدَر» .

فَإِنْ قَدَرَ عَلَى تَعْلَمِهَا بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .
وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي حَقِّ
مَنْ لَا يُحْسِنُ .

الشرح الكبير

٣٠٨٣ - مسألة : (فَإِنْ قَدَرَ عَلَى تَعْلَمِهَا بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ)
ذلك . وفيه وَجْهٌ ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ مَا كَانَتْ الْعَرَبِيَّةُ
شَرْطًا فِيهِ ، لَزِمَهُ أَنْ يَتَعَلَّمَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ ، كَالْتَّكْبِيرِ^(١) . وَلَنَا ، أَنَّ النِّكَاحَ
غَيْرُ وَاجِبٍ ، فَلَمْ يَجِبْ تَعَلُّمُ أَرْكَانِهِ بِالْعَرَبِيَّةِ ، كَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ التَّكْبِيرِ .
٣٠٨٤ - مسألة : (وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . أَوْ مَا
يَقُومُ مَقَامَهُ فِي حَقِّ مَنْ لَا يُحْسِنُ) فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ

قوله : فَإِنْ قَدَرَ عَلَى تَعْلَمِهَا بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . يَعْنِي ،
إِذَا قُلْنَا : لَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ إِلَّا بِالْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ،
و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ؛
أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزَمُهُ تَعْلَمُهَا ، وَيَنْعَقِدُ بِلِسَانِهِ بِمَعْنَاهَا الْخَاصُّ لَهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .
اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُصُولِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَنَصَرَهُ
الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ
رَزِينٍ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْفَاتِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَلْزَمُهُ .
قَالَ^(٢) فِي « الرِّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وَإِنْ قَدَرَ أَنْ يَتَعَلَّمَ ذَلِكَ
بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَزِمَهُ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « التَّدْبِيرِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلٍ : قِيلَتْ . أَوْ قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِيِّ : أَرْوَجْتَ ؟

دُونَ الْآخِرِ ، أَتَى الَّذِي يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ بِهَا ، وَالْآخِرُ يَأْتِي بِلِسَانِهِ . فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا لَا يُحْسِنُ لِسَانَ الْآخِرِ ، اِحْتِاجَ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ اللَّفْظَةَ الَّتِي أَتَى بِهَا صَاحِبُهُ لَفْظَةُ الْإِنْكَاحِ ، بِأَنْ يُخْبِرَهُ بِذَلِكَ ثِقَةً يَعْرِفُ اللِّسَانَيْنِ جَمِيعًا .

فصل : فَأَمَّا الْأَخْرَسُ ، فَإِنْ فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ، صَحَّ نِكَاحُهُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى لَا يُسْتَفَادُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ ، فَصَحَّ بِإِشَارَتِهِ ، كَبَيْعِهِ وَطَلَاقِهِ وَلِعَانِهِ . وَفِي كِتَابَةِ^(١) الْقَادِرِ عَلَى التَّنْطِقِ وَجْهَانِ ، ذَكَرَهُمَا فِي « الْمُجَرَّدِ » ؛ أَوَّلَاهُمَا^(٢) ، عَدَمُ الصَّحَّةِ لِلْإِسْتِغْنَاءِ عَنْهَا . وَإِنْ لَمْ تُفْهَمْ إِشَارَتُهُ ، لَمْ يَصَحَّ مِنْهُ ، كَمَا لَا يَصَحُّ غَيْرُهُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الْقَوْلِيَّةِ ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ بَيْنَ شَخْصَيْنِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ فَهْمِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَصْدُرُّ عَنْ صَاحِبِهِ . وَلَوْ فَهِمَ ذَلِكَ صَاحِبُهُ الْعَاقِدُ مَعَهُ ، لَمْ يَصَحَّ حَتَّى يَفْهَمْ الشَّهُودُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ شَرْطٌ ، وَلَا تَصِحُّ عَلَى مَا لَا يُفْهَمُ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا يُزَوَّجُهُ وَلِيُّهِ . يَعْنِي إِذَا كَانَ بِالْعِلَا ؛ لِأَنَّ الْخَرَسَ لَا يُوجِبُ الْحَجَرَ ، كَالصَّمِّ .

[٨٧/٦ و ٣٠٨٥ - مسألة : (فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ : قِيلَتْ) بِأَنْ يَقُولَ الْوَلِيُّ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي . فَيَقُولُ : قِيلَتْ . صَحَّ وَانْعَقَدَ النِّكَاحُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَنْعَقِدُ حَتَّى يَقُولَ : قِيلَتْ هَذَا النِّكَاحُ . أَوْ : هَذَا التَّزْوِيجُ . لِأَنَّهُ كِنَايَةٌ فِي النِّكَاحِ يَفْتَقِرُ إِلَى الثَّبَتِ وَالْإِضْمَارِ ، فَلَمْ يَنْعَقِدْ]

قوله : فَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلٍ : قِيلَتْ . أَوْ قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِيِّ : أَرْوَجْتَ ؟ قَالَ :

(١) فِي م : « إِشَارَةٌ » .

(٢) فِي م : « أَوَّلَاهُمَا » .

قَالَ : نَعَمْ . وَلِلْمُتَزَوِّجِ : أَقْبَلْتَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . صَحَّ . ذَكَرَهُ
الْخِرَقِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ .

الشرح الكبير

به ، كَلَفَظَ الْهَبَةَ وَالْبَيْعَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَبُولَ صَرِيحٌ فِي الْجَوَابِ ، فَانْعَقَدَ
به ، كَمَا يَنْعَقِدُ بِهِ الْبَيْعُ وَسَائِرُ الْعُقُودِ . وَقَوْلُهُمْ : يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ . مَمْنُوعٌ ؛
فَإِنَّهُ جَوَابٌ لَا يَنْصَرِفُ إِلَّا إِلَى الْمَذْكُورِ . وَكَذَلِكَ (إِنْ قَالَ الْخَاطِبُ
لِلْوَلِيِّ : أَرْوَّجْتَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . وَلِلْمُتَزَوِّجِ : أَقْبَلْتَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . صَحَّ .
ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ) لِأَنَّ النِّكَاحَ إِنَّمَا يَصِحُّ بِلَفْظِ
الْإِنْكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ ، وَمَا نَطَقَ الْوَلِيُّ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَلَا نَطَقَ الْمُتَزَوِّجُ
بِالْقَبُولِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَنْعَقِدُ حَتَّى يَقُولَ مَعَهُ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي .
وَيَقُولُ الزَّوْجُ : قَبِلْتُ هَذَا التَّزْوِيجَ . لِأَنَّ هَذَيْنِ رُكْنَا الْعَقْدِ ، فَلَا يَنْعَقِدُ
بِدُونِهِمَا . وَلَنَا ، أَنَّ « نَعَمْ » جَوَابٌ لِقَوْلِهِ : أَرْوَّجْتَ^(١) - وَقَبِلْتَ ؟
وَالسُّؤَالُ يَكُونُ^(٢) مُضْمَرًا فِي الْجَوَابِ ، مُعَادًا فِيهِ ، فَيَكُونُ مَعْنَى « نَعَمْ »

نَعَمْ . وَلِلْمُتَزَوِّجِ : أَقْبَلْتَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . صَحَّ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَنَصَّ عَلَيْهِ . وَهُوَ
الْمَذْهَبُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا مَنْصُوصُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . قَطَعَ بِهِ
الْجُمْهُورُ ، وَنَصَرَهُ الْأَصْحَابُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي
« النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ،
وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْفَائِقِ » .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ فِيهِمَا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَهُوَ الْأَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ ؛ لَعَدَمِ لَفْظِ

(١) فِي م : « زَوَّجْتُكَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

مِنَ الْوَلِيِّ : زَوَّجْتُهُ ابْنَتِي . ومعنى « نَعَمْ » مِنَ الْمُتَزَوِّجِ : قَبِلْتُ هَذَا التَّزْوِيجَ . وَلَا احْتِمَالَ فِيهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَنْعَقِدَ بِهِ ؛ وَلِذَلِكَ لَمَّا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ ﴾ ^(١) . كَانَ إِقْرَارًا مِنْهُمْ بِوُجْدَانِ ذَلِكَ أَنَّهُمْ وَجَدُوا مَا وَعَدَهُمْ رَبُّهُمْ حَقًّا . وَلَوْ قِيلَ لِرَجُلٍ ^(٢) : لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ ؟ قَالَ : نَعَمْ . كَانَ إِقْرَارًا صَرِيحًا لَا يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَلَا يُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى تَفْسِيرِهِ ، وَبِمِثْلِهِ تَقْطَعُ الْيَدُ فِي السَّرِقَةِ ، وَهُوَ حَدٌّ يُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَنْعَقِدَ بِهِ التَّزْوِيجُ ، كَمَا لَوْ لَفَظَ بِذَلِكَ .

الشرح الكبير

الْإِنْكَاحَ وَالتَّزْوِيجَ . وَاخْتَارَ الصَّحَّةَ فِي اقْتِصَارِهِ عَلَى قَوْلٍ : قَبِلْتُ . دُونَ اقْتِصَارِهِ عَلَى قَوْلِهِ : نَعَمْ . فِي الْإِيجَابِ أَوْ الْقَبُولِ .

الإيناص

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ أُوجِبَ النِّكَاحَ ثُمَّ جُنَّ قَبْلَ الْقَبُولِ ، بَطَلَ الْعَقْدُ ، كَمَوْتِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَلَوْ أُوجِبَ ثُمَّ أُغْمِيَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْقَبُولِ ، فَهَلْ يَبْطُلُ الْعَقْدُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَ « الْفَائِقِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَبْطُلُ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . ^(٣) قُلْتُ : وَتَوَجَّهَ الصَّحَّةُ إِذَا قَالَ : فِي الْمَجْلِسِ ^(٣) . الثَّانِيَةُ ، يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْأُخْرَسِ بِإِشَارَةٍ مَفْهُومَةٍ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَكَذَا بِكِتَابَةٍ . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ . وَكَلَامُ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ - مِمَّنْ لَمْ يَذْكُرِ الْمَسْأَلَةَ ، وَأُطْلِقَ فِي قَوْلِهِمْ : لَا يَنْعَقِدُ الْإِيجَابُ إِلَّا بِلَفْظِ الْإِنْكَاحِ - مُرَادُهُمُ الْقَادِرُ عَلَى التَّنْطِقِ ، فَأَمَّا مَعَ الْعَجْزِ

(١) سورة الأعراف ٤٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : ط .

الشرح الكبير

٣٠٨٦ - مسألة : (فَإِنْ تَقَدَّمَ الْقَبُولُ الْإِيجَابُ ، لَمْ يَصِحَّ) سواءً كان بلفظ الماضي ، مثل أن يقول : تَزَوَّجْتُ ابْنَتَكَ^(١) . فيقول : زَوَّجْتُكَ . أو بلفظ الطلب ، كقوله : زَوِّجْنِي ابْنَتَكَ . فيقول : زَوِّجْكِهَا . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : يَصِحُّ فِيهِمَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وُجِدَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ تَقَدَّمَ الْإِيجَابُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَبُولَ إِنَّمَا يَكُونُ لِلْإِيجَابِ ، فَمَتَى وُجِدَ قَبْلَهُ^(٢) ، لَمْ يَكُنْ قَبُولًا ؛ لِعَدَمِ مَعْنَاهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ تَقَدَّمَ بَلْفَظِ الْاسْتِفْهَامِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ تَأَخَّرَ عَنِ الْإِيجَابِ بَلْفَظِ الطَّلَبِ ، لَمْ يَصِحَّ ، فَإِذَا تَقَدَّمَ كَانَ أَوَّلَى ، كَصِبْغَةٍ^(٣) الْاسْتِفْهَامِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَتَى بِالصَّبْغَةِ الْمَشْرُوعَةِ مُتَقَدِّمَةً فَقَالَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . فَقَالَ الْوَلِيُّ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي . لَمْ يَصِحَّ ، فَلِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِذَا أَتَى بِغَيْرِهَا أَوَّلَى . فَإِنْ قَالُوا : يَصِحُّ كَالْبَيْعِ وَالْخُلْعِ . قُلْنَا : الْبَيْعُ لَا يُشْتَرَطُ

الْمُطْلَقُ ، فَيَصِحُّ . وَأَمَّا الْكِتَابَةُ فِي حَقِّ الْقَادِرِ عَلَى النُّطْقِ ، فَلَا يَنْعَقِدُ بِهَا النِّكَاحُ مُطْلَقًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَنْعَقِدُ . ذَكَرَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : الْأَظْهَرُ الْمَنْعُ مَعَ حُضُورِهِ ، وَالصَّحَّةُ مَعَ غَيْبَتِهِ .

قوله : وَإِنْ تَقَدَّمَ الْقَبُولُ الْإِيجَابُ ، لَمْ يَصِحَّ . هذا المذهب . نص عليه . وجزم به في « الْوَجِيزِ » ، وَ« الْبُلْغَةِ » ، وَ« الْمُنَوَّرِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَقَالَ : رِوَايَةٌ

(١) في م : « ابنت » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « لصبغة » .

الشرح الكبير فيه صيغة الإيجاب ، بل يصح بالمعاطاة ، ولا يتعين فيه لفظ ، بل يصح بأي لفظ كان إذا أدّى المعنى ، ولا يلزم الخلع ؛ لأنه يصح تعليقه على الشروط . ويحتمل أن يصح إذا تقدم بلفظ الطلب ؛ لأن في حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ ، فقامت طويلاً ، فقال رجل : يا رسول الله ، زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة . فقال النبي ﷺ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ » [٧٩/٦ ط] مِنَ الْقُرْآنِ . وهو حديث صحيح ، رواه البخاري^(١) . ولم يقل أنه قال : قبلت . ولا ما يؤدّي معناه ، والظاهر أنه لو وجد منه لفظ لنقل . وعلى قياس ذلك إذا تقدم بلفظ الماضي .

فصل : إذا عقد النكاح هازلاً أو تلجئة ، صح ؛ لأن النبي ﷺ قال : « ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ ، وَجِدُّهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالرَّجْعَةُ » . رواه الترمذي^(٢) . وعن الحسن ، قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ

الإصناف واحدة . وقدمه في « الفروع » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب . وذكر ابن عقيل وجماعة رواية بالصحة ، منهم صاحب « الفائق » ، إذا تقدم بلفظ الماضي أو الأمر . قال الناطم : وإن يتقدم لم نصحه بته ولو صححوه تقديمه لم أبعد وقال في « الرعاية » من عنده : لو قال : زوّجني . فقال : زوّجتك . أو قال له

(١) تقدم تخريجه في ٣٨٠/١٤ .

(٢) في : باب ما جاء في الجد والهزل في الطلاق ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٥٦/٥ ، ١٥٧ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الطلاق على الهزل ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٠٧/١ . وابن ماجه ، في : باب من طلق أو أنكح أو راجع لاعبا ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٨/١ . وحسنه في الإرواء ٢٢٤/٦ - ٢٢٨ .

وإن تَرَخَى عَنْهُ ، صَحَّ ، مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ وَلَمْ يَتَشَاغَلَا بِمَا
يَقْطَعُهُ . فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَهُ ، بَطَلَ الْإِيجَابُ . وَعَنْهُ ، لَا يَنْطَلُ .

الشرح الكبير

نَكَحَ لَاعِبًا ، أَوْ طَلَّقَ لَاعِبًا ، أَوْ أَعْتَقَ لَاعِبًا ، جَازَ ^(١) . وقال عمرُ : أَرْبَعُ
جَائِزَاتُ إِذَا تُكَلِّمَ بَيْنَهُمَا الطَّلَاقُ ، وَالْعَتَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالنَّذْرُ ^(٢) . وقال
عليٌّ : أَرْبَعٌ لَا لَعِبَ فِيهِنَّ ؛ الطَّلَاقُ ، وَالْعَتَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالنَّذْرُ .

٣٠٨٧ - مسألة : (وإن تَرَخَى) الْقَبُولُ (عن الإيجابِ ، صَحَّ ،
مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ وَلَمْ يَتَشَاغَلَا) عَنْهُ بغيرِهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْمَجْلِسِ حُكْمُ
حَالَةِ الْعَقْدِ ، بِدَلِيلِ صِحَّةِ الْقَبْضِ فِيمَا يُشْتَرَطُ الْقَبْضُ فِيهِ ، وَثُبُوتِ الْخِيَارِ
فِي عُقُودِ الْمَعَاوَضَاتِ .

٣٠٨٨ - مسألة : (فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَهُ ، بَطَلَ الْإِيجَابُ) لِأَنَّهُ لَا يُوجَدُ

الْوَلِيُّ : تَزَوَّجَتْ . فَقَالَ : تَزَوَّجْتُ . صَحَّ . وقال الْمُصَنِّفُ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصَحَّ ،
إِذَا تَقَدَّمَ بَلْفَظِ الطَّلَبِ .

تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ : وَإِنْ تَرَخَى عَنْهُ ، صَحَّ ، مَا دَامَا فِي الْمَجْلِسِ ، وَلَمْ يَتَشَاغَلَا بِمَا
يَقْطَعُهُ . يَعْنِي ، فِي الْعُرْفِ .

قَوْلُهُ : فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَهُ ، بَطَلَ الْإِيجَابُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ .
وَعَنْهُ ، لَا يَنْطَلُ . وَعَنْهُ ، لَا يَنْطَلُ مَعَ غَيَّةِ الزَّوْجِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ
اللَّهُ : أَخَذْتُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ مِنْ قَوْلِهِ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي طَالِبٍ ، فِي رَجُلٍ مَشَى إِلَيْهِ قَوْمٌ ،

(١) أَخْرَجَهُ بَنُحُوهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنُفِ ١٠٦/٥ . وَالطَّبْرِيُّ ، فِي : تَفْسِيرِهِ ٤٨٢/٢ . وَحَسَنَ إِسْنَادَهُ
إِلَى الْحَسَنِ ، فِي : الْإِرْوَاءِ ٢٢٧/٦ .

(٢) أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي : سَنَنِهِ ٣٧٠/١ ، ٣٧١ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤١/٧ .

مَعْنَاهُ ، فَإِنَّ الْإِعْرَاضَ قَدْ وُجِدَ مِنْ جِهَتِهِ بِالتَّفَرُّقِ ، فَلَا يَكُونُ قَبُولًا .
وكذلك إذا تشاغلا عنه^(١) بما قَطَعَهُ ؛ لَأَنَّهُ مُعْرِضٌ عَنِ الْعَقْدِ بِالشَّغَالِ عَنِ
قَبُولِهِ (وعنه ، لَا يَبْطُلُ) فَإِنَّ أَبَا طَالِبٍ نَقَلَ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ مَشَى
إِلَيْهِ قَوْمٌ ، فَقَالُوا لَهُ : زَوْجُ فُلَانًا . قَالَ : قَدْ زَوَّجْتُهُ عَلَى أَلْفٍ . فَرَجَعُوا
إِلَى الزَّوْجِ فَأَخْبَرُوهُ ، فَقَالَ : قَدْ قَبِلْتُ . هَلْ يَكُونُ هَذَا نِكَاحًا ؟ قَالَ :
نَعَمْ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ وَكَّلَ مَنْ قَبَلَ التَّزْوِيجَ فِي
الْمَجْلِسِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : مَسْأَلَةُ أُنَى طَالِبٍ تَزَوَّجَتْهُ عَلَى قَوْلَيْنِ . وَاخْتَارَ
أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْقَبُولِ فِي الْمَجْلِسِ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .
فصل : فَإِنْ أَوْجَبَ النِّكَاحَ ثُمَّ زَالَ عَقْلُهُ بِجُنُونٍ أَوْ إِغْمَاءٍ ، بَطَلَ حُكْمُ
الْإِيجَابِ ، وَلَمْ يَنْعَقِدْ بِالْقَبُولِ بَعْدَهُ ؛ لَأَنَّهُ مَا لَمْ يُضَاهَمْ الْقَبُولُ لَمْ يَكُنْ عَقْدًا ،
فَبَطَلَ بَزْوَالِ الْعَقْلِ ، كَالْعُقُودِ الْجَائِزَةِ تَبْطُلُ بِالمَوْتِ وَالْجُنُونِ . وَهَذَا
مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ نَامَ لَمْ يَبْطُلْ حُكْمُ الْإِيجَابِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الْعُقُودُ
الْجَائِزَةُ ، فَكَذَلِكَ هَذَا .

فصل : وَلَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ فِي النِّكَاحِ ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ خِيَارُ الْمَجْلِسِ
وَحِيَارُ الشَّرْطِ . وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ فِي هَذَا ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ غَيْرُ دَاعِيَةٍ إِلَيْهِ ،
فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ فِي الْغَالِبِ إِلَّا بَعْدَ رَوِيَّةٍ وَفِكْرَةٍ ، وَمَسْأَلَةٌ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ

فَقَالُوا : زَوْجُ فُلَانًا . فَقَالَ : قَدْ زَوَّجْتُهُ عَلَى أَلْفٍ . فَرَجَعُوا إِلَى الزَّوْجِ فَأَخْبَرُوهُ ،
فَقَالَ : قَدْ قَبِلْتُ . هَلْ يَكُونُ هَذَا نِكَاحًا ؟ قَالَ : نَعَمْ . فَأَشْكَلَ هَذَا النَّصُّ عَلَى

فَصْلٌ : وَشُرُوطُهُ خَمْسَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْيِينُ الزَّوْجَيْنِ المقنع

الشرح الكبير

عن صاحبه ، والمعرفة بحاله ، بخلاف البيع الواقع في الأسواق من غير فكر ولا روية ، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا صفة ، ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ، ولأن ثبوت الخيار فيه يفضى إلى فسخه بعد ابتدال المرأة ، وفي فسخه بعد العقد ضرر للمرأة ، ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق .

فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وشروطه خمسة ؛ أحدها ، تعيين الزوجين) لأن كل عاقد ومعقود [١٠٨/٦] عليه يجب تعيينهما ، كالمشتري والمبيع ، فإن كانت المرأة حاضرة فقال : زوجتك هذه . صح ، فإن الإشارة تكفى في التعيين ، فإن زاد على ذلك فقال ^(١) : بنتي هذه . ^(٢) أو : هذه ^(٣) فلانة . كان تأكيداً .

الأصحاب ؛ فقال القاضي : هذا حكم بصحته بعد [١٠/٣] التفرق عن مجلس العقد . قال : وهو محمول على أنه قد كان وكل من قبل العقد عنه ، ثم أخبر بذلك فأمضاه . وردّه ابن عقيل ، وقال : رواية أبي طالب تعطى أن النكاح الموقوف صحيح . قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله : قد أحسن ابن عقيل ، وهو طريقة أبي بكر ، فإن هذا ليس تراخياً للقبول ، وإنما هو تراخٍ للإجازة .

تنبيه : ظاهر قوله : وشروطه خمسة ؛ أحدها ، تعيين الزوجين . لو خطب

(١) سقط من : م .

(٢ - ٣) سقط من : الأصل .

المفنع
فَلَوْ قَالَ : زَوْجُكَ ابْنَتِي . وَلَهُ بَنَاتٌ ، لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يُشِيرَ إِلَيْهَا ،
أَوْ يُسَمِّيَهَا ، أَوْ يَصِفَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ ،
صَحَّ .

الشرح الكبير
٣٠٨٩ - مسألة : (فلو قال : زَوْجُكَ ابْنَتِي . وله بنات ، لم يَصِحَّ
حتى يُشِيرَ إِلَيْهَا ، أَوْ يُسَمِّيَهَا ، أَوْ يَصِفَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ ، وإن لم يَكُنْ لَهُ إِلَّا
ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ ، صَحَّ) إذا كانتِ الْمُعْقُودُ عَلَيْهَا غَائِبَةً فَقَالَ : زَوْجُكَ ابْنَتِي .
وليس له سِوَاهَا ، جَازَ ، فَإِنْ سَمَّاها كَانَ تَأْكِيدًا . فَإِنْ كَانَ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ
بِنْتٍ وَاحِدَةٍ فَقَالَ : زَوْجُكَ ابْنَتِي . لم يَصِحَّ حَتَّى يَضُمَّ إِلَى ذَلِكَ مَا تَتَمَيَّزُ
بِهِ ؛ مِنْ اسْمٍ أَوْ صِفَةٍ ، فيقول : زَوْجُكَ ابْنَتِي الْكُبْرَى . أَوْ : الْوُسْطَى . أَوْ :
الصُّغْرَى . فَإِنْ سَمَّاها مَعَ ذَلِكَ كَانَ تَأْكِيدًا . وَإِنْ قَالَ : زَوْجُكَ ابْنَتِي
عَائِشَةَ - أَوْ - فَاطِمَةَ . صَحَّ . فَإِنْ كَانَتْ لَهُ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ اسْمُهَا فَاطِمَةُ
فَقَالَ : زَوْجُكَ فَاطِمَةَ . لم يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ^(١) هَذَا الْاسْمَ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهَا وَبَيْنَ
سَائِرِ الْفَوَاطِمِ ، حَتَّى يَقُولَ مَعَ ذَلِكَ : بِنْتِي . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : يَصِحُّ
إِذَا نَوَّيَاهَا جَمِيعًا . وَلَا يَصِحُّ هَذَا ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ تُعْتَبَرُ فِيهِ الشَّهَادَةُ عَلَى وَجْهِ

الإنصاف
امْرَأَةً فَأَوْجَبَ لَهُ النِّكَاحَ فِي غَيْرِهَا ، فَقَبِلَ يَظُنُّهَا مَخْطُوبَتَهُ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . وَهُوَ
صَحِيحٌ . نَصَّ عَلَيْهِ .

فائدة : قَوْلُهُ : فَإِذَا قَالَ : زَوْجُكَ ابْنَتِي . وَلَهُ بَنَاتٌ ، لم يَصِحَّ حَتَّى يُشِيرَ إِلَيْهَا ،
أَوْ يُسَمِّيَهَا ، أَوْ يَصِفَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ ، صَحَّ . بِلَا نِزَاعٍ .

(١) فِي م : « وَلَئِنْ » .

يُمْكِنُ أَدَاؤُهَا «إِذَا ثَبَتَ»^(١) بِهِ الْعَقْدُ ، وَهَذَا مُتَعَذِّرٌ فِي النِّيَّةِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي . وَلِهَ بَنَاتٌ ، لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يُمَيِّزَهَا بِلَفْظِهِ . وَإِنْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ فَاطِمَةَ ابْنَةَ فُلَانٍ . احْتَاجَ أَنْ يَرْفَعَ فِي نَسَبِهَا حَتَّى يَبْلُغَ مَا تَمَيِّزُ بِهِ عَنْ النِّسَاءِ .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ لَهُ ابْنَتَانِ ، كُبْرَى اسْمُهَا عَائِشَةُ ، وَصُغْرَى اسْمُهَا فَاطِمَةُ ، فَقَالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي عَائِشَةَ . وَقَبْلَ الزَّوْجِ ذَلِكَ ، وَهِيَ يَنْوِيَانِ الصُّغْرَى ، لَمْ يَصِحَّ . ذَكَرَهُ أَبُو حَفْصٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَصِحُّ فِي الَّتِي نَوِيَاهَا . وَهَذَا غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لَوْجَهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِمَا يَصِحُّ الْعَقْدُ بِالشَّهَادَةِ عَلَيْهِ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ عَائِشَةَ . فَقَطْ ، أَوْ مَا لَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي . وَلَمْ يُسَمِّهَا ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ فِيمَا إِذَا لَمْ يُسَمِّهَا ، ففِيمَا إِذَا سَمَّاها بِغَيْرِ اسْمِهَا أَوْ لَى أَنْ لَا يَصِحَّ . الثَّانِي ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ حَتَّى تُذَكَرَ الْمَرْأَةُ بِمَا تَمَيِّزُ بِهِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ ، فَإِنَّ اسْمَ أُخْتِهَا لَا يُمَيِّزُهَا ، بَلْ يَصْرِفُ الْعَقْدَ عَنْهَا . وَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ يُرِيدُ الْكُبْرَى ، وَالزَّوْجُ يَقْصِدُ الصُّغْرَى ، لَمْ يَصِحَّ ، كَمَا إِذَا خَطَبَ امْرَأَةً وَزَوْجٌ غَيْرَهَا ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ

فِي ذَلِكَ فِي الْجُمْلَةِ . لَكِنْ لَوْ عَيَّنَا فِي الْبَاطِنِ وَاحِدَةً ، وَعَقَدَا عَلَيْهَا الْعَقْدَ بِاسْمِ غَيْرِ مُتَمَيِّزٍ ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : بَنَتِي . وَلِهَ بَنَاتٌ ، أَوْ يُسَمِّيَهَا بِاسْمِ يَنْوِيَهَا فِي الْبَاطِنِ غَيْرَ مُسَمَّاةٍ ، فَقَى الصَّحَّةَ وَجْهَانِ . اخْتَارَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعِ الصَّحَّةِ . وَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْقَاضِي أَيْضًا ، فِي مَوْضِعِ آخِرِ الْبُطْلَانِ . وَمَا أَخَذَهُ أَنَّ النِّكَاحَ يُشْتَرَطُ

(١ - ١) فِي م : « أَدَاءُ يَثْبِت » .

المقنع وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَضَعْتَ زَوْجَتِي ابْنَةً ، [٢٠٢ ط] فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا . لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير انصرفت إلى غير من وجد الإيجاب فيه . ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول إلى الصغرى ، من خطبة ونحوها ، فإن العقد بلفظه متناول للكبرى ، ولم يوجد ما يصرفه عنها ، فصح ، كما لو نواها . ولو نوى الولي الصغرى ، والزواج الكبرى ، أو نوى الولي الكبرى ، ولم يدر الزوج أيتهما هي ، فعلى الأول ، لا يصح التزويج ؛ لعدم النية منهما في التي تناولها لفظهما . وعلى الاحتمال الذي ذكرناه ، يصح في المعينة باللفظ ؛ لما ذكرنا .

فصل : فإن كان له ابنة واحدة ، فقال لرجل^(١) : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي . وَسَمَّاها بغير اسمها ، فقال القاضي : يصح . وهو [٨٨/٦ ط] قول أصحاب الشافعي ؛ لأن قوله : بِنْتِي . أكد من التسمية ؛ لأنها لا مشاركة فيها ، والاسم مشترك . ولو قال : زَوَّجْتُكَ هذه . وأشار إليها ، وسماها بغير اسمها ، صح على هذا التعليل .

٣٠٩٠ - مسألة : (وإن قال : إِنْ وَضَعْتَ زَوْجَتِي ابْنَةً ، فقد زَوَّجْتُكَهَا . لم يصح) لأنه تعليق للنكاح على شرط ، والنكاح لا يتعلق

الإنصاف له الشهادة ، ويتعذر الإشهاد على النية . وعن أبي حفص العكبري ، إن كانت المسماة غلطاً ، لم يحل نكاحها ؛ لكونها مزوجة أو غير ذلك ، صح النكاح ، وإلا فلا . ذكر ذلك في « القاعدة الخامسة بعد المائة » .

(١) في م : « الرجل » .

الشرح الكبير

على شرطٍ ، ولأنَّ هذا مُجَرَّدٌ وَعَدٍ لَا يَنْعَقِدُ بِهِ عَقْدٌ . وكذلك لو قال : زَوَّجْتُكَ حَمَلَ هذه المرأة . لم يَصَحَّ ؛ لَأَنَّهَا لم يَثْبُتْ لَهَا حُكْمُ الْبَنَاتِ قَبْلَ الظُّهُورِ فِي غَيْرِ الْإِرْثِ وَالْوَصِيَّةِ ، ولأنَّه لم يَتَحَقَّقْ أَنَّ فِي الْبَطْنِ بِنْتًا ، فَأُشْبِهَ مَا لو قال : زَوَّجْتُكَ مَنْ فِي هذه^(١) الدَّارِ . وهما لَا يَعْلَمَانِ مَا فِيهَا .

فصل : فَإِنْ خَطَبَ امْرَأَةً فزَوَّجَ بِغَيْرِهَا ، مَثَلُ أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بَعَيْنِهَا ، فَيُجَابَ إِلَى ذَلِكَ ، ثُمَّ يُوجِبُ لَهُ النِّكَاحُ فِي غَيْرِهَا ، وَهُوَ يَعْقِدُ أَنَّهَا الَّتِي خَطَبَهَا ، فَيَقْبَلُ ، فَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ انْصَرَفَ إِلَى غَيْرِ مَنْ وَجَدَ الْإِيجَابُ فِيهِ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لو سَاوَمَهُ بِنُوبٍ وَأَوْجَبَ الْعَقْدَ فِي غَيْرِهِ بِغَيْرِ عِلْمِ الْمُشْتَرِي . فَلَوْ عَلِمَ الْحَالُ بَعْدَ ذَلِكَ فَرَضِيَ ، لم يَصَحَّ . قال أحمدُ في^(٢) رجلٍ خَطَبَ جَارِيَةً ، فزَوَّجُوه أُخْتَهَا ، ثُمَّ عَلِمَ بَعْدُ : يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، وَيَكُونُ الصَّدَاقُ عَلَى وَلِيِّهَا ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهَ ، وَيُجَهِّزُ إِلَيْهِ أُخْتَهَا الَّتِي خَطَبَهَا بِالصَّدَاقِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، لَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ . قال شيخنا^(٣) : وَقَوْلُهُ : يُجَهِّزُ إِلَيْهِ أُخْتَهَا . يَعْنِي^(١) ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، بَعْقِدٍ جَدِيدٍ ، بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ هَذِهِ إِنْ كَانَ أَصَابَهَا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الَّذِي عَقَدَهُ لم يَصَحَّ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْإِيجَابَ صَدَرَ فِي إِحْدَاهُمَا^(٤) وَالْقَبُولَ فِي الْأُخْرَى ، فَلَمْ يَنْعَقِدْ فِي هَذِهِ وَلَا فِي تِلْكَ . فَإِنْ اتَّفَقُوا عَلَى تَجْدِيدِ عَقْدٍ فِي إِحْدَاهُمَا^(٥) ، أَتَيْتَهُمَا كَانَ ، جَازَ . وَقَالَ أَحْمَدُ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ،

الإصناف

.....

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) في : المغني ٤٨١/٩ .

(٤ - ٥) سقط من : م .

فصل : الثاني ، رضا الزوجين ، فإن لم يرضيا أو أحدهما ، لم يصح ،

الشرح الكبير

فأدخلت عليه أختها : لها المهر بما أصاب منها ، ولأختها المهر . قيل : يلزمه مهران ؟ قال : نعم ، ويرجع على وليها ، هذه مثل التي بها برص أو جذام ، على يقول : ليس عليه غرم . وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أمّا إذا علمت أنها ليست زوجة ، وأنها محرمة عليه ، وأمكنته من نفسها ، فلا ينبغي أن يجب لها صداق ؛ لأنها زانية مطاوعة . فأما إن جهل الحال ، فلها المهر ، ويرجع به على من غره . وروى عن علي ، رضي الله عنه ، في رجلين تزوجا امرأتين ، فزفت كل امرأة إلى زوج الأخرى : لهما الصداق ، ويعتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقض عدها^(١) . وبه قال النخعي ، والشافعي ، وإسحاق^(٢) ، وأصحاب الرأي .

فصل : قال الشيخ ، رضي الله عنه : (الثاني ، رضا الزوجين ، فإن لم يرضيا أو أحدهما ، لم يصح) رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد ؛ لأن العقد لهما ، فاعتبر تراضيهما به ، كالبيع ، فإن لم يرضيا أو أحدهما ، لم يصح العقد ؛ لفوات شرطه .

الإنصاف

قوله : الثاني ، رضا الزوجين ؛ فإن لم يرضيا أو أحدهما ، لم يصح ، إلا الأب

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب الاختلاف في مهرها ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧ / ٤٤١ . وعبد الرزاق ، في : باب نكاحها في عدها ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٠٩ .
(٢) سقط من : م .

إِلَّا الْأَبُ لَهُ تَزْوِيجُ أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ وَالْمَجَانِينِ وَبَنَاتِهِ الْأَبْكَارِ بَعِيرِ الْمَقْنَعِ
إِذْنِهِمْ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ ابْنَةِ تِسْعِ سِنِينَ إِلَّا بِإِذْنِهَا .

٣٠٩١ - مسألة : (إِلَّا الْأَبُ لَهُ تَزْوِيجُ أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ [٨٩/٦ و] الشرح الكبير

وَالْمَجَانِينِ وَبَنَاتِهِ الْأَبْكَارِ بَعِيرِ إِذْنِهِمْ) أَمَّا الْعُلَامُ الْعَاقِلُ ، فَلَا نَعْلَمُ بَيْنَ (١)
أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا (٢) ، فِي أَنَّ لِأَبِيهِ تَزْوِيجَهُ . كَذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ .
وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ،
وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَالشَّافِعِيَّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ ابْنَ
عَمَرَ زَوَّجَ ابْنَتَهُ وَهُوَ صَغِيرٌ ، فَاخْتَصَمُوا إِلَى زَيْدٍ ، فَأَجَازَاهُ جَمِيعًا . رَوَاهُ

الْإِنْصَافِ لَهُ تَزْوِيجُ أَوْلَادِهِ الصَّغَارِ وَالْمَجَانِينِ ، وَبَنَاتِهِ الْأَبْكَارِ بَعِيرِ إِذْنِهِمْ . أَعْلَمُ أَنَّ فِي تَزْوِيجِ
الْأَبِ (٣) أَوْلَادَهُ الصَّغَارِ (٤) عَشْرَ مَسَائِلَ ؛ إِحْدَاهَا ، أَوْلَادُهُ الذُّكُورُ الْعُقَلَاءُ الَّذِينَ هُمْ
دُونَ الْبُلُوغِ وَالْكِبَارُ الْمَجَانِينُ ، فَلَهُ تَزْوِيجُهُمْ ؛ سَوَاءٌ أَذِنُوا أَوْ لَا ، وَسَوَاءٌ رَضُوا
أَمْ لَا ، بِمَهْرٍ الْمِثْلِ أَوْ بِزِيَادَةٍ عَلَيْهِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ
الْأَصْحَابِ . وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .
وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي إِجْبَارِ مُرَاهِقٍ عَاقِلٍ نَظْرًا . قُلْتُ :
الصَّبَابُ عَدَمُ إِجْبَارِهِ . وَقِيلَ : لَهُ تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ إِنْ أَحْتَاجَ إِلَيْهِ . قَالَ الْقَاضِي فِي
« الْمُجَرَّدِ » . وَحَمَلَهُ ابْنُ عَقِيلٍ عَلَى الْمُرَاهِقِ ، وَالْأَكْثَرُ عَلَى الْحَاجَةِ مُطْلَقًا ، عَلَى
مَا يَأْتِي قَرِيبًا . وَقَالَ فِي « الْإِنْصَارِ » : يَحْتَمِلُ فِي ابْنِ تِسْعٍ ، يُزَوَّجُ بِإِذْنِهِ ؛ سَوَاءٌ

(١) فِي م : « مِنْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ط .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

الأثر^(١) . وأما الغلام المَعْتُوهُ ، فَلأبيه تَزْوِيجُهُ . وقال الشافعي : لا يَجُوزُ ؛ لَأَنَّهُ يُلْزِمُهُ بِالتَّزْوِيجِ حُقُوقًا مِنَ الْمَهْرِ وَالتَّنْفَقَةِ ، مع عَدَمِ حَاجَتِهِ ، فلم يَجُزْ لَهُ ، كغيرِهِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ . ولَنَا ، أَنَّهُ غَيْرُ بِالْغِ ، فَمَلَكُ الْأَبِ تَزْوِيجَهُ ، كَالْعَاقِلِ ، ولأنَّهُ إِذَا جَازَ تَزْوِيجُ الْعَاقِلِ مع أَنَّ لَهُ عِنْدَ احْتِيَاجِهِ إِلَى التَّزْوِيجِ رَأْيًا وَنَظَرًا لِنَفْسِهِ ، فَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ مَنْ لَا يُتَوَقَّعُ فِيهِ ذَلِكَ أَوْلَى . وَوَصَّى الْأَبُ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي ذَلِكَ كَوَكِيلِهِ ، إِذَا قُلْنَا بِصَحَّةِ الْوَصِيَّةِ فِي النِّكَاحِ ، وفيهِ اخْتِلَافٌ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه . وقال القاضي في « الْمُجَرَّدِ » : لِلْحَاكِمِ تَزْوِيجُهُ ؛ لَأَنَّهُ يَلِي مَالَهُ . وقال الشافعي : يَمْلِكُ وَلِيُّ الصَّبِيِّ تَزْوِيجَهُ ، لِيَأْلَفَ حِفْظَ فَرْجِهِ عِنْدَ بُلُوغِهِ . وليس بسديد ، فَإِنَّ غَيْرَ الْأَبِ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ الْجَارِيَةِ الصَّغِيرَةِ ، فَالْغُلَامُ أَوْلَى . وَفَارَقَ الْأَبُ وَوَصِيَّهُ ؛ فَإِنَّ لهُمَا تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ وَوِلَايَةَ الْإِجْبَارِ . وَسَوَاءٌ أَذِنَ الْغُلَامُ فِي تَزْوِيجِهِ أَوْ لَمْ يَأْذِنْ ؛ لَأَنَّهُ لَا^(٢) إِذْنَ لَهُ .

كَانَ أَبُوهُ أَوْلَى غَيْرِهِ . وقال صاحب « الْفُرُوعِ » : يَتَوَجَّهُ ، أَنَّهُ كَأَنَّهُ أَوْ كَعَبْدٍ . وقال أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ : يَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَثِيبٌ ، وَإِنْ سَلَمْنَاهُ ، فَلَا مَصْلَحَةَ لَهُ ، وَإِذْنُهُ ضَيِّقٌ لَا يَكْفِي صَمْتَهُ . وقيل : لَا يُزَوَّجُ لهُمَا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ فِي كِتَابِ الصَّدَاقِ . وقيل : لَا يُجْبَرُ الْمَجْنُونُ الْبَالِغُ

(١) أخرجه البيهقي مختصراً ، في : السنن الكبرى ١٤٣/٧ .

(٢) سقط من : الأصل .

فصل : ولأب تزويج البالغ المعتوه ، في ظاهر كلام أحمد ، والخرقى ، مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها . وقال القاضى : إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه . وهو مذهب الشافعى ؛ لأن في تزويجه مع عدم حاجته إضراراً به ، بإلزامه حقوقاً لا مصلحة له في إلزامها . وقال أبو بكر : ليس لأب تزويجه^(١) بحال ؛ لأنه رجل ، فلم يَجْزُ إجباره على النكاح ، كالعاقل . وقال زُفَر : إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يَجْزُ ، وإن كان مُسْتَدَامًا جاز . ولنا ، أنه غير مُكَلَّفٍ ، فجاز لأبيه تزويجه ، كالصغير ، فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره ، فعند الحاجة أولى . ولنا على التسوية بين الطارئ والمستدام ، أنه معنى يثبت الولاية ، فاستوى طارئه ومستدامه ، كالرق ، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله ، فثبتها عليه في نكاحه ، كالمستدام . فأما اعتبار الحاجة ، فلا بُدَّ منها ، فإنه لا يجوز لوليّه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه ، غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة ، بل قد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ ، وربما كان دواءً له يُترجى به شفاؤه ، فجاز التزويج له ، كقضاء الشهوة .

بحال . اختاره أبو بكر . وقيل : يُجبره مع الشهوة ، وإلا فلا . اختاره القاضى . الإناص
وقيل : لا يُزوّجه إلا الحاكم . ذكره في « الرعاية » . قلت : تقديم الحاكم على الأب قول ساقط . ويأتى ، هل لوصى الصغير الإجبار ؟ عند قوله : ووصيه في النكاح بمنزله .

فصل : وَمَنْ يُخْنَقُ^(١) فِي الْأَحْيَانِ لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُمَكِّنٌ ، وَمَنْ أَمَكَنَ أَنْ يَتَزَوَّجَ لِنَفْسِهِ ، لَمْ تَثْبُتِ الْوِلَايَةُ عَلَيْهِ ، كَالْعَاقِلِ . وَلَوْ زَالَ عَقْلُهُ بِبِرْسَامٍ أَوْ مَرَضٍ مَرَجُو الزَّوَالِ ، فَهُوَ كَالْعَاقِلِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُثْبِتُ الْوِلَايَةَ عَلَى مَالِهِ ، فَعَلَى نَفْسِهِ أَوَّلَى . وَإِنْ لَمْ يُرَجَّ زَوَالُهُ ، فَهُوَ دَاخِلٌ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ .

[٨٩/٦ ط] **فصل :** وَلَيْسَ لغيرِ الأبِ وَوَصِيِّهِ تَزْوِيجُ الْمَعْتُوهِ الْبَالِغِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : لِلْحَاكِمِ تَزْوِيجُهُ إِذَا ظَهَرَ مِنْهُ شَهْوَةٌ لِلنِّسَاءِ ، بَأَنْ يَتَّبِعَهُنَّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ مَصَالِحِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ حَالٌ يُتَنَظَّرُ فِيهَا إِذْنُهُ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي تَزْوِيجِ الْمَجْنُونَةِ^(٢) . وَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ تَزْوِيجُهُ إِذَا قَالَ أَهْلُ الطَّبِّ : إِنَّ فِي ذَلِكَ ذَهَابَ عِلَّتِهِ . لِأَنَّهُ مِنْ أَعْظَمِ مَصَالِحِهِ .

فوائد ؛ مِنْهَا ، مَا قَالَهُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ الْكَبِيرِ » : إِنَّ تَزْوِيجَ الطِّفْلِ وَالْمَعْتُوهِ لَيْسَ بِإِجْبَارٍ ، إِنَّمَا الْإِجْبَارُ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ إِذْنٌ وَاخْتِيَارٌ . انْتَهَى . وَمِنْهَا ، لَوْ كَانَ يُخْنَقُ فِي الْأَحْيَانِ ، لَمْ يَجُزْ تَزْوِيجُهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ . وَمِنْهَا ، لَيْسَ لِلابْنِ الصَّغِيرِ إِذَا زَوَّجَهُ الْأَبُ خِيَارًا إِذَا بَلَغَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرُّعَايَةِ » وَغَيْرِهَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالْأَصْحَابِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ الْجَوْزِيِّ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ . وَمِنْهَا ، لِلأَبِ قَبُولُ النِّكَاحِ لِلْمَجْنُونِ وَالصَّغِيرِ ، وَلَهُ أَنْ يُفَوِّضَهُ إِلَى الصَّغِيرِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » :

(١) فِي م : « يَجْن » ، وَالْخُنَاقُ ، بِالضَّمِّ : دَاءٌ يَمْتَنِعُ مَعَهُ نَفْوذُ النَّفْسِ إِلَى الرِّثَّةِ وَالْقَلْبِ .

(٢) فِي م : « الْمَجْنُون » .

فصل : وإذا زَوَّجَ الصَّغِيرَ أو^(١) المجنونَ ، فَإِنَّهُ يَقْبَلُ لهما النِّكَاحَ ، ولا يَأْذَنُ لهما في قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّهما لَيْسا مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ . فَإِنْ كانَ العُلاَمُ ابنَ عَشْرٍ ، وَهُوَ مُمَيِّزٌ ، فَمِيقَاسُ المَذْهَبِ جَوَازُ تَقْوِيضِ القَبُولِ إِلَيْهِ ، حَتَّى يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ ، كما يُفَوِّضُ أَمْرُ البَيْعِ^(٢) إِلَيْهِ . وَإِنْ تَزَوَّجَ لَهُ الوَلِيُّ جازاً ، كما يَجُوزُ أَنْ يَتَناعَ لَهُ . وَهذا على الرِّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ بِصِحَّةِ بَيْعِهِ وَوُقُوعِ طَلاقِهِ . فَإِنْ قُلْنَا : لا يَصِحُّ ذَلِكَ مِنْهُ . فهذا أَوَّلَى .

إِنْ صَحَّ بَيْعُهُ وَطَلاقُهُ . وقال في « الرِّعَايَةِ » : وَيَصِحُّ قَبُولُ الْمُمَيِّزِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ . نصٌّ عَلَيْهِ . قال في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » : فَإِنْ كانَ العُلاَمُ ابنَ عَشْرٍ وَهُوَ مُمَيِّزٌ ، فَمِيقَاسُ المَذْهَبِ جَوَازُ تَقْوِيضِ القَبُولِ إِلَيْهِ . وَمِنْها ، حَيْثُ قُلْنَا : يُزَوَّجُ الصَّغِيرَ وَالْمَجْنُونُ . فَيَكُونُ بواحدةً ، [١٠ / ٣] وفي أَرْبَعٍ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَ لهما في « الفُرُوعِ » . وظاهرُ « الْمُعْنَى » و « الشَّرْحِ » الإِطْلَاقُ . قال القاضِي في « الْمُجَرَّدِ » : مِيقَاسُ المَذْهَبِ ، أَنَّهُ لا يُزَوَّجُهُ أَكْثَرُ مِنْ واحِدَةٍ . قلتُ : وَهُوَ الصَّوابُ . وَجَزَمَ بِهِ في « الْمُذْهَبِ » . وقال القاضِي في « الجامِعِ الكَبِيرِ » : لَهُ تَزْوِيجُ ابْنِهِ الصَّغِيرِ بِأَرْبَعٍ .^(٣) قال ابنُ نَصْرِ اللَّهِ في « حَوَاشِيهِ » : وَهُوَ أَظْهَرُ^(٣) . وَجَزَمَ بِهِ^(٣) ابنُ رَزِينٍ^(٣) في « شَرْحِهِ » ، وقال : إِذا رَأَى فِيهِ مَصْلَحَةً . وَهُوَ مُرادُ مَنْ أَطْلَقَ . وَيَأْتِي حُكْمُ سائِرِ الْأَوَّلِياءِ في تَزْوِيجِهِمَ لهما . الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ ، أَوْلادُهُ الذُّكُورُ ، العاقلِينَ البالِغِينَ ، لَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُهُمْ . يَعْنِي ، بغيرِ إِذْنِهِمْ ، بِلانْزاعٍ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهاً فَفي إِجْبارِهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَ لهما في « الرِّعَايَتَيْنِ » ،

(١) في م : « و » .

(٢) في م : « المبيع » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

فصل : وذكر القاضى أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بأكثر من مهر المثل ؛ لأنه معاوضة في حق الغير ، فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل ، كبيع ماله . وهذا مذهب الشافعى . وإذا قلنا : إن للأب تزويج ابنته^(١) بدون صداق مثلها . فهذا مثله ، فإنه قد يرى المصلحة في ذلك ، فجاز له بذل المال فيه ، كما يجوز في مداواته ، بل الجواز ههنا أولى ؛ فإن الغالب أن المرأة لا ترصى بتزويج المجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها ، فيتعذر الوصول إليه^(٢) بدون ذلك ، بخلاف المرأة . وذكر القاضى في « المجرد » ، أن قياس المذهب أنه لا يزوج^(٣) بأكثر من امرأة واحدة ؛ لعدم حاجته إلى زيادة عليها ، فيكون بذل ماله فيما لا حاجة به إليه . وذكر في « الجامع » ، أن له تزويج ابنته الصغيرة بأربع ؛ لأنه قد يرى المصلحة فيه . وليس له تزويجه بمعية عينا يرده به النكاح ؛ فإن فيه ضررا به ، وتفويت ماله فيما لا مصلحة له فيه ، فإن فعل ، خرج في صحة النكاح وجهان ؛ فإن قلنا : يصح . فهل للولى الفسخ في الحال ؟ على وجهين ، نذكر توجيهاهما في تزويج الصغيرة بمعيب . فإن لم يفسخ حتى بلغ الصبي

و « الفروع » ، و « البلغة » ، و « الحاوى الصغير » ، في هذا الباب . قلت : الأولى الإجماع إن كان أصح له . وتقدم ذلك أيضا في باب الحجر^(٤) باتم من هذا ،

(١) في م : « أمته » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « يتزوج » .

(٤) ٣٩٣/١٣ .

أَوْ عَقَلَ الْمَجْنُونُ ، فَلَهُمَا الْفَسْخُ . وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُهُ بِأَمَةٍ ؛ لِأَنَّ إِبَاحَتَهَا مَشْرُوطَةٌ بِخَوْفِ الْعَنْتِ ، وَهُوَ مَعْدُومٌ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ ، غَيْرُ مَعْلُومٍ فِي حَقِّ الْمَجْنُونِ .

فصل : فأمّا الإناث ، فلأب تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين ، بغير خلاف ، إذا وضعها في كفاءة . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز ، إذا زوجهما من كفء ، يجوز له ذلك مع كراهتها وامتناعها . وقد دلّ على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى : ﴿ وَالَّتِي يَسْنَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ (١) ، فجعل

فليراجع . المسألة الثالثة ، ابنته البكر التي لها دون تسع سنين ، فله تزويجها بغير إذنها ورضاها ، بلا نزاع . وحكاها ابن المنذر إجماعاً . الرابعة ، البكر التي لها تسع سنين فأزيد إلى ما قبل البلوغ ، له تزويجها بغير إذنها . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به الخرقي ، والمصنف في «العمدة» ، وصاحب «الوجيز» ، وغيرهم . وقدمه في «المغنى» ، و «الشرح» ، وقالوا : هذا المشهور . وقدمه أيضاً في «النظم» ، و «الرعايتين» ، و «الحاوي الصغير» ، و «الفروع» ، و «الفائق» ، وغيرهم . وعنه ، لا يجوز تزويج ابنته تسع سنين إلا بإذنها . قال الشريف أبو جعفر : هو المنصوص عن الإمام أحمد ، رحمه الله . قال الزركشي : وهي أظهر . وأطلقهما في «الهداية» ، و «المذهب» ، و «المستوعب» ، و «الخلاصة» ، و «المحرر» ،

(١) سورة الطلاق ٤ .

لِلْأَيِّ لَمْ يَحْضَنْ عِدَّةَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، وَلَا تَكُونُ الْعِدَّةُ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ إِلَّا مِنْ [٩٠/٦] طَلَاقٍ فِي نِكَاحٍ (١) أَوْ فُسْخٍ (٢) ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى (٣) أَنَّهَا تَزْوِجٌ (٤) وَتُطَلَّقُ ، وَلَا إِذْنَ لَهَا يُعْتَبَرُ . وَقَالَتْ عَائِشَةُ : تَزَوَّجَنِي النَّبِيُّ ﷺ وَأَنَا ابْنَةُ سِتٍّ ، وَبَنَى لِي وَأَنَا ابْنَةُ تِسْعٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥) . وَمَعْلُومٌ أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ فِي تِلْكَ الْحَالِ مِمَّنْ يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا . وَرَوَى الْأَثَرُ أَنَّ قَدَامَةَ بْنَ مَطْعُونٍ تَزَوَّجَ ابْنَةَ الزُّبَيْرِ حِينَ نَفَسَتْ ، فَقِيلَ لَهُ ، فَقَالَ : ابْنَةُ الزُّبَيْرِ إِنْ مِتُّ وَرِثْتَنِي ، وَإِنْ عِشْتُ كَانَتْ امْرَأَتِي . وَزَوَّجَ عَلَى ابْنَتِهِ أُمَّ كُلْثُومٍ وَهِيَ صَغِيرَةٌ عَمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

فصل : وفي البكرِ البالغةِ العاقلةِ روايتان ؛ إحداهما ، له إجبارُها على النكاح . وهذا مذهبُ مالكٍ ، وابنِ أبي ليلى ، والشافعي ،

و « القَوَاعِدُ الْأُصُولِيَّةُ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ ، عَدَمَ إِجْبَارِ بِنْتِ تِسْعٍ سِنِينَ ؛ بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثِيْبًا . قَالَ فِي رِوَايَةٍ عَبْدُ اللَّهِ : إِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ ، فَلَا يُزَوَّجُهَا أَبُوهَا وَلَا غَيْرُهُ إِلَّا بِإِذْنِهَا . قَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنَ الْأَصْحَابِ : وَهُوَ الْأَقْوَى . الْخَامِسَةُ ، الْبِكْرُ الْبَالِغَةُ لَهُ إِجْبَارُهَا أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا ؛ حَيْثُ قَالَ : وَبَنَاتِهِ الْأَبْكَارِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْخِرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ أَبِي الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِ » ، وَالشَّرِيفُ ، وَابْنُ الْبَنَّا ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في م : « تزويج » .

(٣) تقدم تخريجه في ١٣٢/٦ . ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، في : باب تزويج البكر الصغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٨/٢ ، ١٠٣٩ .

«وإسحاق»^(١) . والثانية ، ليس له ذلك . اختارها أبو بكر . وهو مذهب الأوزاعي ، والثوري ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ؛ لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبَكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فقالوا : يا رسول الله ، فكيف إذن؟ قال : « أَنْ تَسْكُتَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وروى أبو داود ، وابن ماجه^(٣) ، عن ابن عباس ، أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ . وَلَأنَّهَا جَائِزَةٌ

والمُصْنَفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » . قَالَ فِي « الْإِنْفَاصِ » : هَذَا أَظْهَرُ الرَّوَايَتَيْنِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفَاتِي » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَتُجَبَّرُ عِنْدَ الْأَكْثَرِ بِكْرًا بِالْعَةِ . وَعَنْهُ ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثير إلا برضاها ، من كتاب النكاح ، وفي : باب في النكاح ، من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٧ / ٢٣ ، ٩ ، ٣٢ . ومسلم ، في : باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٦ ، ١٠٣٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٢ . والنسائي ، في : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في استئمار البكر والثير ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٣ . وابن ماجه ، في : باب استئمار البكر والثير ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمي ، في : باب استئمار البكر والثير ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٥٠ ، ٢٧٩ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في البكر يزوجه أبوها ولا يستأمرها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٣ . وابن ماجه ، في : باب من زوج ابنته وهي كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٣ .

التَّصَرُّفِ فِي مَالِهَا ، فلم يَجْزُ إِجْبَارُهَا ، كَالثَّيْبِ ، وَالرَّجُلِ . وَوَجْهُ
الْأَوَّلَى ، مَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْإِيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا
مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (١) . فَلَمَّا
قَسَمَ النِّسَاءَ قِسْمَيْنِ ، وَاثْبَتَ الْحَقَّ لِأَحَدِهِمَا ، دَلَّ عَلَى نَفْيِهِ عَنِ الْآخَرِ ،

الشرح الكبير

لَا يُجْبَرُهَا . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » :
وَهُوَ الْأَصَحُّ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : وَهِيَ أَظْهَرُ . وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » .
وَأُطْلِقَ هُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، يُسْتَحَبُّ إِذْنُهَا ، وَكَذَا
إِذْنُ أُمِّهَا . قَالَ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . السَّادِسَةُ ، الْبِكْرُ الْمَجْنُونَةُ لَهُ إِجْبَارُهَا مُطْلَقًا .
عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَقِيلَ : لَهُ إِجْبَارُهَا إِنْ كَانَ يَمْلِكُ
إِجْبَارَهَا وَهِيَ عَاقِلَةٌ ، وَإِلَّا فَلَا . وَهُوَ ظَاهِرُ « الْخِلَافِ » لِأَبِي بَكْرٍ .

الإنصاف

فَائِدَةٌ : لَوْ كَانَ وَلِيُّهَا الْحَاكِمُ ، فَلَهُ تَزْوِيجُهَا فِي وَجْهِ ، إِذَا اشْتَهَتْهُ . قَالَ فِي
« الرُّعَايَةِ » ، وَقَالَ : وَإِنْ كَانَ وَلِيُّهَا غَيْرَ الْحَاكِمِ وَالْأَبِ ، زَوَّجَهَا الْحَاكِمُ . وَقِيلَ :
بَلْ يُزَوِّجُهَا وَلِيُّهَا . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَدْ قَالَ الْمُصَنِّفُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، هُنَا :
لِسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ الْمَجْنُونَةِ إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا الْمِيلُ إِلَى الرُّجَالِ . السَّابِعَةُ ، الثَّيْبُ

(١) فِي : بَابِ فِي الثَّيْبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٤٨٤/١ .

كَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ فِي النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الْحَيْلِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣٣/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي :
بَابِ اسْتِئْذَانِ الثَّيْبِ فِي النِّكَاحِ بِالطَّلُقِ ... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٣٧/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ
مَا جَاءَ فِي اسْتِمَارِ الْبِكْرِ وَالثَّيْبِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥/٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ
الْبِكْرِ فِي نَفْسِهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَجْتَبَى ٦٩/٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ اسْتِمَارِ الْبِكْرِ وَالثَّيْبِ ، مِنْ
كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَةَ ٦٠١/١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ اسْتِمَارِ الْبِكْرِ وَالثَّيْبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ .
سَنَنْ الدَّارِمِيِّ ١٣٨/٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ الْبِكْرِ وَالْأُمِّ فِي أَنْفُسِهِمَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ .
الْمَوْطَأُ ٥٢٤/٢ ، ٥٢٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢١٩/١ ، ٢٤٢ ، ٢٦١ ، ٢٧٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٥ ،
٣٦٢ .

الشرح الكبير

وهو البكر، فيكون وليها أحقّ منها بها، ودلّ الحديث على أن الاستئمار ههنا، والاستئذان في حديثهم مستحبّ غير واجب، كما روى ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «آمروا النساء في بناتهن». رواه أبو داود^(١). وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل، ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته^(٢)، فتخيرها لذلك.

المجنونة الكبيرة له إجبارها. على الصحيح من المذهب. قال في «الفروع»: الإناصاف له إجبارها، في الأصح. وهو ظاهر كلام الخرقى. واختاره القاضى وغيره. وجزم به في «الرعاية الصغرى»، و «الحاوى الصغير». وقدمه في «الرعاية الكبرى»، و «المعنى»، و «الشرح»، وصحّحه. وقيل: لا تجبر البتة. اختاره أبو بكر. الثامنة، الثيب العاقلة التي لها ذون تسع سنين [١١/٣] له إجبارها. على الصحيح من المذهب. وقطع به كثير من الأصحاب؛ منهم صاحب «الانتصار»، و «المحرر»، و «الرعاية». وقدمه في «الفروع». وقيل: ليس له إجبارها. قلت: فعلى هذا، لا تزوج البتة حتى تبلغ تسع سنين، فيثبت لها إذن معتبرة. التاسعة، الثيب العاقلة التي لها تسع سنين فأكثر ولم تبلغ، فأطلق المصنّف في جواز إجبارها وجهين، وهما كذلك عند الأكثر. وعند أبي الخطاب في «الانتصار»، والمجد، ومن تابعهما روايتان. وأطلقهما في «الهداية»، و «المذهب»، و «المستوعب»، و «الخلاصة»، و «المعنى»،

(١) في: باب في الاستئمار، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ٤٨٣/١، كما أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ٣٤/٢.

(٢) في: «خسيسه». والحديث أخرجه النسائي، في: باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، من كتاب النكاح. المجتبى ٧١/٦. وابن ماجه، في: باب من زوج ابنته وهي كارهة، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٠٢/١. كما أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ١٣٦/٦.

الشرح الكبير (ولأنَّ ما^(١) لا يُشترطُ في نكاحِ الصَّغيرة لا يُشترطُ في نكاحِ^(٢) الكَبيرة ، كالنُّطقِ (وعن أحمد ، لا يَجوزُ تزويجُ ابْنَةِ تِسْعِ سِنِينَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا) اختلفتِ الرِّوَايةُ عن أحمدَ في الجاريةِ إذا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ ،

الإصناف و « البُلغة » ، و « المُحرَّر » ، و « الشَّرْح » ، و « القَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » ؛ أحدهما ، ليس له إيجابُها . وهو المذهب ، وعليه جماهيرُ الأصحاب ؛ منهم ابنُ بَطَّة ، وصاحبه أبو جَعْفَرِ ابنِ المُسلم^(٣) ، وابنُ حامِدٍ ، والقاضى ، والشَّريف ، وأبو الخطَّاب ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشَّيرازي ، والمُصنِّف ، وغيرُهم . وهو ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وجزمَ به في « الوَجيز » وغيره . وقَدَّمه في « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفُرُوع » ، وغيرهم . وعنه ، له إيجابُها . اختاره أبو بَكْرٍ . وقَدَّمه في « النُّظْمِ » ، و « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفَائِقِ » . العاشرة ، الثَّيْبُ البالِغةُ العاقلةُ ليس له إيجابُها ، بلا نزاع .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ المُصنِّفِ ، بل هو كالصَّرِيحِ في قَوْلِهِ : فَإِنْ لم يَرْضَا أو أَحَدُهما ، لم يَصَحَّ ، إِلَّا الأبُّ له تزويجُ أَوْلَادِهِ الصُّغَارِ والمَجَانِينِ ، وبناتِهِ الأَبْكَارِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . أَنَّ الجَدَّ ليس له الإيجابُ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهب ، وعليه الأصحابُ . وذكر في « الواضِح » رِوَايةً ؛ أَنَّ الجَدَّ يُجْبَرُ كالأبِّ . واختاره الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ . وقَدَّمه ابنُ رَزِينٍ في « شَرْحِهِ » .

فائدَتَانِ ؛ إحداهما ، للصَّغيرة ، بعد تِسْعِ سِنِينَ ، إِذْ صَحِيحَةٌ مُعْتَبَرَةٌ ، حَيْثُ

(١ - ١) في م : « ولأنَّ ما » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) كذا بالنسخ ، وكنيته أبو حفص ، وهو عمر بن إبراهيم بن عبد الله العكبري ، يعرف بابن المسلم ، واشتهر بملازمة ابن بطّة . تقدمت ترجمته في ٦٩/١ .

فالمشهور عنه أنها كمن لم تبلغ تسعاً . نص عليه في رواية الأثرم . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وسائر الفقهاء ، قالوا : حكم بنت تسع حكم بنت ثمان ؛ لأنها غير بالغة ، ولأن إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات ، فكذا في النكاح . والرواية الثانية ، حكمها حكم البالغة . نص عليه في رواية ابن منصور ؛ لمفهوم الآية ، ولدلالة الخبرين بعمومهما على أن اليتيمة تنكح بإذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها ، وقد انتفى الإذن فيما دونها ، فيجب حمله على من بلغت تسعاً . فعلى هذه الرواية ، يجوز لغير الأب تزويجها بإذنها ، وحكمها حكم البالغة في

قلنا : لا تجبر . أو : تجبر . لأجل استحباب إذنها . على الصحيح من المذهب . الإنصاف . نص عليه . ونقله عبد الله ، وابن منصور ، وأبو طالب ، وأبو الحارث ، وابن هانئ ، والميموني ، والأثرم . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به القاضي في « تعليقه » ، و « جامع » ، و « مجرده » ، وابن عقيل في « فصوله » ، و « تذكيرته » ، وأبو الخطاب في « خلافه » ، والشريف أبو جعفر ، وابن البنا . ونصبها^(١) الشيرازي للخلاف . وهو ظاهر كلام أبي بكر . وجزم به ناظم المفردات . قال في « القواعد الأصولية » : وهو الذي ذكره أبو بكر ، وابن حامد ، وابن أبي موسى ، والقاضي ، ولم يذكروا فيه خلافاً . وكذا أكثر أصحاب القاضي . انتهى . واختاره ابن شهاب في « عيون المسائل » ، وابن بكروس ، وابن الجوزي في « التحقيق » . نقله في « تصحيح المحرر » عن جده^(٢) . وقدمه في

(١) في الأصل ، ١ : « ونصبها » .

(٢) ٢ - سقط من : الأصل .

جَوَازٍ [٩٠/٦] إِجْبَارِهَا ، لِلأَبِ فِيهِ الرَّوَايتَانِ^(١) . وَقَدْ رَوَى الإِمَامُ أَحْمَدُ^(٢) بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّهَا قَالَتْ : إِذَا بَلَغَتْ الْجَارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ فَهِيَ امْرَأَةٌ . وَرَوَاهُ الْقَاضِي بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ^(٣) . وَمَعْنَاهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، فِي حُكْمِ الْمَرْأَةِ . وَلِأَنَّهَا بَلَغَتْ سِنًا يُمَكِّنُ فِيهِ حَيْضُهَا ، وَتَحْدُثُ لَهَا حَاجَةً إِلَى النِّكَاحِ ، فَيُبَاحُ تَزْوِيجُهَا ، كَالْبَالِغَةِ إِذَا زُوِّجَتْ . وَقَدْ خَطَبَ عُمَرُ أُمَّ كُلْثُومٍ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ بَعْدَ مَوْتِهِ إِلَى عَائِشَةَ ، فَأَجَابَتْهُ ، وَهِيَ لَدُونَ عَشْرِ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا وُلِدَتْ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهَا ، وَإِنَّمَا كَانَتْ وَلَايَةُ عُمَرَ عَشْرًا ، فَكَرِهَتْهُ الْجَارِيَةُ ، فَتَزَوَّجَهَا^(٤) طَلْحَةَ ابْنَ عُيَيْدٍ اللَّهِ ، وَلَمْ يُنْكِرْهُ مُنْكَرٌ ، فَذَلَّ ذَلِكَ عَلَى اتِّفَاقِهِمْ عَلَى صِحَّةِ تَزْوِيجِهَا قَبْلَ بُلُوغِهَا بِوَلَايَةِ غَيْرِ أَبِيهَا .

« الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : نَقَلَهُ ، وَاخْتَارَهُ الْأَكْثَرُ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : هِيَ أَنْصَبُهُمَا وَأَشْهَرُهُمَا عَنِ الإِمَامِ أَحْمَدَ . قَالَ فِي « التَّسْهِيلِ » : وَإِذْنُ بِنْتِ تِسْعِ سِنِينَ مُعْتَبَرٌ فِي الْأَظْهَرِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ وَغَيْرُهُ رَوَايَةً ، لَا إِذْنَ لَهَا . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَجَمَهُ اللَّهُ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا ذَكَرَهَا قَبْلَهُ . مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْهَا فِي « رُءُوسِ الْمَسَائِلِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « رَوَايتَانِ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي ٣٨٥/٢ . وَلَمْ نَجِدْهُ فِي الْمُسْنَدِ .

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو نَعِيمٍ ، فِي : تَارِيخِ أَصْبَهَانَ ٢٧٣/٢ . وَالدِّيلَمِيُّ ، انْظُرْ : فِرْدَوْسُ الْأَخْبَارِ ١/٣٨٥ . وَضَعَفَ إِسْنَادُهُ فِي الْإِرْوَاءِ ١/١٩٩ .

(٤) فِي م : « فَرَّوَجَهَا » .

الشرح الكبير

٣٠٩٢ - مسألة : (وهل له تزويج الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ)
 أَمَّا الثَّيِّبُ ^(١) الْكَبِيرُ ، فَلَا يَجُوزُ لِلأَبِّ وَلَا لِغَيْرِهِ تَزْوِيجُهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا ، فِي
 قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا الْحَسَنَ فَإِنَّهُ قَالَ : لَهُ تَزْوِيجُهَا وَإِنْ كَرِهَتْ .
 وَالنَّخَعِيُّ قَالَ : يُزَوِّجُ بِنْتَهُ إِذَا كَانَتْ فِي عِيَالِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فِي بَيْتِهَا مَعَ
 عِيَالِهَا اسْتَأْمَرَهَا . قَالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحَاقَ ^(٢) : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا قَالَ فِي
 الثَّيِّبِ ^(٣) بِقَوْلِ الْحَسَنِ . وَهُوَ قَوْلٌ شَاذٌّ ، خَالَفَ فِيهِ أَهْلُ الْعِلْمِ وَالسُّنَّةِ

و « الْفَائِقِ » . الثَّانِيَةُ ، حَيْثُ قُلْنَا بِإِجْبَارِ الْمَرْأَةِ وَلَهَا إِذْنٌ ، أُخِذَ بِتَعْيِينِهَا ^(٣) كُفْعًا ،
 عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قُلْتُ :
 وَهُوَ الصَّوَابُ الَّذِي لَا يُعَدَّلُ عَنْهُ . نَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ، إِنْ أَرَادَتْ الْجَارِيَةُ رَجُلًا ، وَأَرَادَ
 الْوَلِيُّ غَيْرَهُ ، اتَّبَعَ هَوَاهَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ،
 وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
 وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » . زَادَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » :
 إِنْ كَانَتْ رَشِيدَةً غَيْرَ مُجْبَرَةٍ . وَقِيلَ : يُؤْخَذُ بِتَعْيِينِ الْوَلِيِّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
 « الْفُرُوعِ » . وَتَقَدَّمَ مَا يُشَابِهُ ذَلِكَ فِي أَوَاخِرِ الْبَابِ الَّذِي قَبْلَهُ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَالتَّعْوِيلُ
 فِي الرَّدِّ وَالْإِجَابَةِ عَلَيْهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ مُجْبَرَةً .

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْبَيْت » .

(٢) إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحَاقَ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ حَمَادِ بْنِ زَيْدٍ ، أَبُو إِسْحَاقَ الْقَاضِي ، الْإِمَامُ الْعَلَامَةُ ، الْحَافِظُ ، شَيْخُ
 الْإِسْلَامِ ، قَاضِي بَغْدَادَ ، صَاحِبُ التَّصَانِيفِ ، لَهُ « أَحْكَامُ الْقُرْآنِ » . وَغَيْرُهُ ، نَشَرَ مَذْهَبَ مَالِكٍ بِالْعِرَاقِ ،
 تَوَفَّى سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَثَمَانِينَ وَمِائَتَيْنِ . سِيرُ أَعْلَامِ النُّبَلَاءِ ١٣ / ٣٣٩ - ٣٤١ .

(٣) فِي ١ : « بِتَعْيِينِهَا » .

الثَّابِتَةُ ، فَإِنَّ الْخَنَسَاءَ ابْنَةَ خِذَامٍ ^(١) الْأَنْصَارِيَّةَ ، رَوَتْ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ ثَيِّبٌ ^(٢) ، فَكَرِهَتْ ذَلِكَ ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَرَدَّ نِكَاحَهُ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَغَيْرُهُ ^(٣) . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ^(٤) : هَذَا الْحَدِيثُ مُجْتَمِعٌ عَلَى صِحَّتِهِ ، وَالْقَوْلُ بِهِ ، وَلَا نَعْلَمُ مُخَالَفًا لَهُ إِلَّا الْحَسَنَ ، وَكَانَتْ الْخَنَسَاءُ مِنْ أَهْلِ قُبَاءَ تَحْتَ أَنْيَسِ بْنِ قَتَادَةَ ، فَقُتِلَ عَنْهَا يَوْمَ أُحُدٍ ، فَزَوَّجَهَا أَبُو هَارِجًا مِنْ بَنِي عَمْرِو بْنِ ^(٥) عَوْفٍ ، فَكَرِهَتْهُ ، وَشَكَتْ ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَرَدَّ نِكَاحَهَا ، وَنَكَحَتْ أَبَا لُبَابَةَ بْنَ عَبْدِ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَقَالَ : « الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا » . وَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ » . رَوَاهُمَا النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ ^(٧) . وَلِأَنَّهَا رَشِيدَةٌ عَالِمَةٌ بِالْمَقْصُودِ مِنَ النِّكَاحِ مُخْتَبَرَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ

(١) ويروى « خدام » . انظر : عون المعبود شرح سنن أبي داود ١٩٧ / ٢ .

(٢) في الأصل : « بنت » .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب لا يجوز نكاح المكره ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخاري ٩ / ٢٦ . وأبو داود ، في : باب في الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٤ . وابن ماجه ، في : باب من زوج ابنته وهي كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمي ، في : باب الثيب يزوجه أبوها وهي كارهة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٩ . والإمام مالك ، في : باب جامع ما لا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٤) في الاستذكار ١٦ / ٢٠٨ ، والتمهيد ١٩ / ٣١٨ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ١٢١ .

(٧) الأول تقدم تخريجه في صفحة ١٢٢ . والثاني أخرجه أبو داود ، في : باب في الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٤ . والنسائي ، في : باب استئذان البكر في نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٠ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٣٣٤ .

وَالسَّيِّدُ لَهُ تَزْوِيجُ إِمَائِهِ الْأَبْكَارِ وَالثَّيِّبِ وَعَبِيدِهِ الصَّغَارِ بغيرِ إِذْنِهِمْ ، المقنع

الشرح الكبير

إجبارُها عليه ، كالرجل .

فصل : فَأَمَّا الثَّيِّبُ ^(١) الصَّغِيرَةُ ، ففيها وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا . وهو ظاهرُ قولِ الخَرَقِيِّ . واختيارُ ابنِ حامِدٍ ، وابنِ بَطَّةَ ، والقاضِي ، ومَذْهَبُ الشافعي ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ ، وَلأنَّ الْإِجْبَارَ يَخْتَلِفُ بِالْبَكَارَةِ وَالثَّبُوتِ ، لَا بِالصَّغَرِ وَالْكِبَرِ ، كَمَا اخْتَلَفَ فِي صِفَةِ الْإِذْنِ ، وَلأنَّ فِي تَأْخِيرِهَا فَائِدَةً ، وَهِيَ أَنْ تَبْلُغَ فَتَخْتَارَ لِنَفْسِهَا وَيُعْتَبَرَ إِذْنُهَا ، بِخِلَافِ الْبِكْرِ . الْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّ لِابْنِهَا تَزْوِيجَهَا ، وَلَا يَسْتَأْمِرُهَا . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرِ عَبْدُ الْعَزِيزِ . وهو قولُ مالِكٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهَا صَغِيرَةٌ ، فَجَازَ إِجْبَارُهَا ، كَالْبِكْرِ وَالْعُلَامِ . يُحَقِّقُ ذَلِكَ أَنَّهَا لَا تَزِيدُ بِالثَّبُوتِ عَلَى مَا حَصَلَ لِلْعُلَامِ بِالذُّكُورِيَّةِ ، ثُمَّ الْعُلَامُ يُجْبَرُ إِذَا كَانَ صَغِيرًا ، [٩١/٦] فَكَذَلِكَ هَذِهِ ، وَالْأَخْبَارُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْكِبَرِ ، فَإِنَّهُ جَعَلَهَا أَحَقَّ مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالصَّغِيرَةُ لَا أَحَقَّ لَهَا . وَيَتَخَرَّجُ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنَّ ابْنَةَ تِسْعٍ يُزَوِّجُهَا وَلِيِّهَا بِإِذْنِهَا ، وَمَنْ دُونَ ذَلِكَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْبِكْرِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣٠٩٣ - مسألة : (وَلِلَّسَّيِّدِ تَزْوِيجُ إِمَائِهِ الثَّيِّبِ وَالْأَبْكَارِ ، وَعَبِيدِهِ

قوله : وَالسَّيِّدُ لَهُ تَزْوِيجُ إِمَائِهِ الْأَبْكَارِ وَالثَّيِّبِ . وهذا بلا نزاع بين الأصحاب . الإِنصاف
وَرَوَى عَنْ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا تُجْبَرُ الْأُمَةُ الْكَبِيرَةُ . قَالَ
الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ظَاهِرُ هَذَا ، أَنَّهُ لَا تُجْبَرُ الْأُمَةُ الْكَبِيرَةُ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَنَفْعَةَ الْبُضْعِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْبَنَتُ » .

الصَّغَارُ ، بغيرِ إذْنِهِمْ) لا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي أَنَّ^(١) السَّيِّدَ إِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ^(٢) بغيرِ
إِذْنِهَا^(٣) أَنَّهُ يَصِحُّ ، ثَبَاتًا كَانَتْ أَوْ بَكْرًا ، صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ
مَنَافِعَهَا مَمْلُوكَةٌ لَهَا ، وَالتَّكَاحُ عَقْدٌ عَلَى مَنَفْعَتِهَا^(٤) ، فَأُشْبِهَ عَقْدَ
الْإِجَارَةِ ، وَلِذَلِكَ مَلَكَ الْاِسْتِمْتَاعُ بِهَا ، وَبِهَذَا فَارَقَتِ الْعَبْدَ ، وَلِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ
بِذَلِكَ لِمَا يَحْصُلُ لَهُ مِنْ مَهْرٍ وَأَوْلَادِهَا ، وَتَسْقُطُ عَنْهُ نَفَقَتُهَا وَكُسُوتُهَا ،
بِخِلَافِ الْعَبْدِ . وَالمُدْبَرَةُ وَالمُعَلَّقُ عِنْتُهَا بِصِفَةِ أُمِّ الْوَلَدِ كَالْأَمَةِ فِي إِجْبَارِهَا
عَلَى التَّكَاحِ . وَقَالَ مَالِكٌ فِي آخِرِ أَمْرِهِ : لَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ أُمِّ وَلَدِهِ بغيرِ إِذْنِهَا .
وَكَرِهَهُ رِبِيعَةُ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا مَضَى . وَلَنَا ،
أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهَا ، يَمْلِكُ الْاِسْتِمْتَاعُ بِهَا وَإِجَارَتُهَا ، فَمَلَكَ تَزْوِيجَهَا ، كَالْقَيْنِ .
وَإِذَا مَلَكَ أَخْتَهُ مِنَ الرِّضَاعِ أَوْ مَجُوسِيَّةً ، فَلَهُ تَزْوِيجُهُمَا^(٥) وَإِنْ كَانَا
مُحَرَّمَتَيْنِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُمَا مِلْكُهُ ، وَإِنَّمَا حَرُمَتْ عَلَيْهِ لِعَارِضٍ . فَأَمَّا
الَّتِي بَعْضُهَا حُرٌّ ، فَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ^(٦) جَمِيعَهَا . وَلَا
يَمْلِكُ^(٧) إِجْبَارَ الْمُكَاتَبَةِ ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الْخَارِجَةِ عَنْ مِلْكِهِ ، وَلِذَلِكَ لَا
يَمْلِكُ إِجَارَتَهَا^(٨) ، وَلَا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهَا ، وَلَا يَصِلُ إِلَيْهِ مَهْرُهَا .

لَيْسَ بِمَالٍ . لَكِنْ مُرَادُ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، مِمَّنْ أَطْلَقَ هُنَا ، غَيْرُ الْمُكَاتَبَةِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ
لَهُ إِجْبَارُهَا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَفِي « مُخْتَصَرِ ابْنِ

(١) سقط من : م .

(٢-٣) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « منفعة » .

(٤) في م : « تزويجها » .

(٥-٥) سقط من : م .

(٦) في م : « إجبارها » .

فصل : إذا اشترى عبده المأذون أمة^(١) ، ورَكِبته دُونَ ، مَلَك سَيِّدُهُ تَزْوِيجَهَا وَبَيْعَهَا وَإِعْتَاقَهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَقَالَ : وَلِلسَّيِّدِ وَطُوعُهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِضْرَارِ بِالْغُرْمَاءِ . وَأَصْلُ الْخِلَافِ مَبْنِيٌّ^(٢) عَلَى دَيْنِ^(٣) الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فَعِنْدَنَا يَلْزُمُ السَّيِّدُ^(٤) ، فَلَا يَلْحَقُ الْغُرْمَاءُ ضَرَرًا بِتَصَرُّفِ^(٥) السَّيِّدِ فِي الْأَمَةِ ، فَإِنَّ الدَّيْنَ مَا تَعَلَّقَ بِهَا ، وَعِنْدَهُ أَنَّ الدَّيْنَ تَعَلَّقَ بِالْعَبْدِ وَمَا فِي يَدِهِ ، فَيَلْحَقُهُمُ الضَّرَرُ . وَالْكَلَامُ عَلَى هَذَا مَذْكُورٌ فِي مَوْضِعِهِ^(٦) .

فصل : وليس للسَّيِّدِ إِكْرَاهُ أَمَتِهِ عَلَى التَّزْوِيجِ بِمَعِيبٍ عَيَّنَّا يُرَدُّ بِهِ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَثِّرُ فِي الْاِسْتِمْتَاعِ ، وَذَلِكَ حَقٌّ لَهَا ، وَلِذَلِكَ مَلَكَتِ الْفَسْخَ بِالْجَبِّ وَالْعَنَةِ وَالْاِمْتِنَاعِ مِنَ الْفَيْئَةِ دُونَ السَّيِّدِ . وَفَارَقَ بَيْنَهُمَا لِمَعِيبٍ ؛

رَزَيْنِ « وَجَهٌ ، لَهُ إِجْبَارُهَا .

فائدتان ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ كَانَ نِصْفُ الْأَمَةِ حُرًّا وَنِصْفُهَا رَقِيقًا ، لَمْ يَمْلِكْ مَالِكُ الرِّقِّ إِجْبَارَهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ مِنْ كَلَامِهِ ، [١١/٣ ظ] أَنَّ لِلْسَّيِّدِ إِجْبَارَهَا . وَتَبِعَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْحَلَوَانِيُّ ، وَابْنُهُ . وَهُوَ ضَعِيفٌ جِدًّا . قَالَ بَعْضُهُمْ : وَهُوَ وَهْمٌ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ كَانَ

(١) فِي م : « لَه » .

(٢) فِي م : « مَبْنِي » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) فِي م : « الْعَبِيد » .

(٥) فِي م : « وَيَتَصَرَّف » .

(٦) انْظُرْ مَا تَقْدَمُ فِي ١٣/٤١٧ ، ٤١٨ .

لأنه لا يُرادُّ للاستِمْتاع ، ولهذا مَلَكَ شِرَاءُ الْأُمَةِ الْمُحَرَّمَةِ عَلَيْهِ ، ولم تَمْلِكِ الْأُمَةُ^(١) الْفَسْخُ^(٢) لَعْنَتِهِ^(٣) وَلَا إِيْلَاتِهِ . فَإِنْ زَوَّجَهَا مِنْ مَعِيْبٍ فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ،^(٤) فَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ . فَلَهَا الْفَسْخُ . فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً ، فَهَلْ لَهَا الْفَسْخُ فِي الْحَالِ ، أَوْ يَنْتَظَرُ بُلُوغَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ^(٥) . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ هَكَذَا فِي هَذَا^(٦) الْفَصْلِ كُلِّهِ .

فصل : وَلِلسَّيِّدِ تَزْوِيجُ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَنَّ بَعْضَ الشَّافِعِيَّةِ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ تَزْوِيجَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، فَعَبْدُهُ مَعَ مِلْكِهِ إِيَّاهُ وَتَمَامِ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِ أُولَى . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي عَبْدِهِ الصَّغِيرِ [٩١/٦ ظ] الْمَجْنُونِ^(٧) .

بَعْضُهَا مُعْتَقًا ، اعْتَبِرَ إِذْنَهَا وَإِذْنَ مَالِكِ الْبَقِيَّةِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ لاثْنَيْنِ ، وَيَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا : زَوَّجْتُكَهَا . وَلَا يَقُولُ : زَوَّجْتُكَ بَعْضُهَا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَابْنُ الْجَوْزِيِّ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَالْفَخْرُ فِي « التَّرْغِيبِ » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَقْبَلُ التَّبْعِيضَ وَالتَّجْزِئَةَ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ . قَوْلُهُ : وَعَبِيدَهُ الصُّغَارِ - يَعْنِي ، لَهُ تَزْوِيجُهُمْ - بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٣) زيادة من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : « و المجنون » .

وَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ عَبْدِهِ الْكَبِيرِ . وَيَحْتَمِلُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي الصَّغَارِ الْمَقْنَعِ
أَيْضًا .

٣٠٩٤ - مسألة : (وَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ عَبْدِهِ الْكَبِيرِ) إذا كان عاقلاً .
وبهذا قال الشافعيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةٌ : له ذلك ؛
لقول الله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ
وَإِمَائِكُمْ ﴾ ^(١) . ولأنَّ يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ ، فَمَلِكُ إِجْبَارِهِ عَلَى النِّكَاحِ ،
كَالْأَمَةِ ، وَلأنَّ يَمْلِكُ إِجَارَتَهُ ، فَاشْبَهَ الْأَمَةَ . ولنا ، أَنَّهُ مُكَلَّفٌ يَمْلِكُ
الطَّلَاقَ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى النِّكَاحِ ، كَالْحُرِّ ، وَلأنَّ النِّكَاحَ خَالِصٌ حَقُّهُ ،
وَنَفْعُهُ لَهُ ، فَاشْبَهَ الْحُرَّ ، وَالْأَمْرُ بِإِنْكَاحِهِ مُخْتَصٌّ بِحَالِ طَلَبِهِ ، بِدَلِيلِ عَطْفِهِ
عَلَى الْأَيْمَى ، وَإِنَّمَا يُزَوَّجَنَّ عِنْدَ الطَّلَبِ ، وَلأنَّ مُقْتَضَى الْأَمْرِ الْوُجُوبُ ،
وَإِنَّمَا يَجِبُ تَزْوِيجُهُ عِنْدَ طَلَبِهِ ، وَأَمَّا الْأَمَةُ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ مَنَافِعَ بُضْعِهَا
وَالِاسْتِمْتَاعَ بِهَا ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ . وَيُفَارِقُ النِّكَاحُ الْإِجَارَةَ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ
عَلَى مَنَافِعَ بَدَنِهِ ، وَهُوَ يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَهَا (وَيَحْتَمِلُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي الصَّغِيرِ
أَيْضًا) قِيَاسًا عَلَى الْكَبِيرِ ، وَيَقْوَى الْإِحْتِمَالُ فِي حَقِّ الْمُمَيِّزِ إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ

نَصِّ عَلَيْهِ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكُ إِجْبَارَهُمْ ^(٢) . وَهُوَ لِأَيِّ
الْخُطَّابِ . وَحَكَاهُ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » رِوَايَةً . وَهُوَ فِي « الْإِنْتِصَارِ » وَجْهٌ .
وَالْحُكْمُ فِي الْعَبْدِ الْمَجْنُونِ الْكَبِيرِ كَذَلِكَ .

قوله : وَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ عَبْدِهِ الْكَبِيرِ . يَعْنِي الْعَاقِلَ . هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ مِنْ

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « إِجْبَارُهُ » .

طَلَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ عَاقِلٌ مُّمَيِّزٌ ، يَمْلِكُ الطَّلَاقَ ، أَشْبَهَ الْبَالِغَ .

فصل : وَالْمَهْرُ وَالتَّفَقُّةُ عَلَى السَّيِّدِ ، سَوَاءٌ ضَمِنَهُمَا^(١) أَوْ لَا ، وَسَوَاءٌ بَاشَرَ الْعَقْدَ بِنَفْسِهِ أَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ فَعَقَدَهُ ، مَا ذُوْنَا لَهُ فِي التَّجَارَةِ أَوْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : نَفَقَتُهُ مِنْ ضَرِيَّتِهِ . وَقَالَ^(٢) : إِنْ كَانَ بِقِيَمَةِ ضَرِيَّتِهِ ، أَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَلَا يُعْطَى الْمَوْلَى ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَا يُنْفِقُ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنَّ مَنْ أَلْزَمَ السَّيِّدَ الْمَهْرَ وَالتَّفَقُّةَ ، أَوْ جَبَّهَ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ كَسْبٌ ، وَلَيْسَ لِلْمَرْأَةِ الْفَسْخُ ؛ لَعَدَمِ كَسْبِ الْعَبْدِ ، وَلِلْسَّيِّدِ اسْتِخْدَامُهُ وَمَنْعُهُ الْاِكْتِسَابَ ، وَمَنْ عَلَّقَهُ بِكَسْبِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ ، فَلِلْمَرْأَةِ الْفَسْخُ ، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ مَنْعُهُ مِنَ التَّكْسِبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَقٌّ تَعَلَّقَ بِالْعَبْدِ^(٣) بِرِضَا سَيِّدِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِسَيِّدِهِ ، وَجَازَ بَيْعُهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ رَهَنَهُ بَدَيْنٍ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَوْ بَاعَهُ سَيِّدُهُ أَوْ أَعْتَقَهُ ، لَمْ يَسْقُطِ الْمَهْرُ عَنِ السَّيِّدِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ تَعَلَّقَ بِذِمَّتِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بَيْعُهُ وَعِيقُهُ ، كَأَرْشِ جِنَايَتِهِ ، فَأَمَّا التَّفَقُّةُ فَإِنَّهَا تَتَجَدَّدُ ، فَتَكُونُ فِي الزَّمَنِ الْمُسْتَقْبَلِ عَلَى الْمُشْتَرَى أَوْ عَلَى الْعَبْدِ إِذَا عَتَقَ .

المذهب . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَمْلِكُهُ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « ضَمِنَهَا » .

(٢) فِي م : « قِيلَ » .

(٣) فِي م : « بِالْعَقْدِ » .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ بِإِذْنِهِ ، وَأَنْ يَأْذَنَ لِلْعَبْدِ فَيَتَزَوَّجَ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، فَكَانَ مِنْ أَهْلِ مُبَاشَرَةِ الْعَقْدِ كَالْحُرِّ . وَيَجُوزُ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ مُطْلَقًا وَمُعَيَّنًا ، فَإِنْ عَيَّنَ لَهُ امْرَأَةً ، أَوْ نِسَاءً بَلَدٍ أَوْ قَبِيلَةٍ ، أَوْ حُرَّةً أَوْ أَمَةً ، فَتَزَوَّجَ غَيْرَهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالْإِذْنِ ، فَتَقْيِيدُ^(١) تَصَرُّفِهِ بِمَا^(٢) أُذِنَ لَهُ فِيهِ كَالْوَكِيلِ . وَإِنْ أْذِنَ لَهُ مُطْلَقًا ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَ ، لَكِنْ إِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ بَلَدَةٍ أُخْرَى ، فَلَسَيِّدُهُ مَتَعُهُ مِنَ الْخُرُوجِ إِلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْبَلَدِ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ إِرْسَالُهُ لَيْلًا لِلِاسْتِمْتَاعِ . وَإِنْ أَحَبَّ سَيِّدُهُ أَنْ يُسْكِنَهَا فِي مَسْكَنِ مِنْ دَارِهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ [٩٢/٦] إِذَا كَانَ مَسْكَنٌ مِثْلُهَا ، وَلَا يَلْزَمُهُ إِرْسَالُهُ نَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِخْدَامِهِ ، وَلَيْسَ النَّهَارُ مَحَلًّا لِلِاسْتِمْتَاعِ غَالِبًا . وَلَسَيِّدُهُ السَّفَرُ بِهِ ، فَإِنْ حَقَّ امْرَأَةُ الْعَبْدِ عَلَيْهِ لَا يَزِيدُ عَلَى حَقِّ امْرَأَةِ الْحُرِّ ، وَالْحُرُّ يَمْلِكُ السَّفَرَ وَإِنْ كَرِهَتْ امْرَأَتُهُ ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يُعَيِّنَ لَهُ الْمَهْرَ ، وَلَهُ أَنْ يُطْلِقَ ، فَإِنْ تَزَوَّجَ بِمَا عَيَّنَهُ أَوْ دُونَهُ ، أَوْ بِمَهْرٍ الْمِثْلِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ أَوْ دُونِهِ ، لَزِمَ الْمُسَمَّى ، وَإِنْ تَزَوَّجَ بِأَكْثَرِ^(٣) مِنْ ذَلِكَ ، لَمْ تَلْزَمْ السَّيِّدُ^(٤) الزِّيَادَةُ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ أَوْ ذِمَّتِهِ يُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعِتْقِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، بِنَاءً^(٥) عَلَى اسْتِدَانَةِ الْعَبْدِ

(١) فِي م : « فَيَنْفَذُ » .

(٢) فِي م : « فِيمَا » .

(٣) فِي م : « أَكْثَرُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

المقنع وَلَا يَجُوزُ لِسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا ، إِلَّا الْمَجْنُونَةَ ، لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا الْمَيْلُ إِلَى الرِّجَالِ .

الشرح الكبير المَحْجُورِ عَلَيْهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْحَجْرِ ^(١) .

فصل : وَإِذَا تَزَوَّجَ أُمَةٌ ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ لَسَيِّدِهِ ، لَمْ يُؤْثَرْ ذَلِكَ فِي نِكَاحِهِ ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا لِنَفْسِهِ وَقُلْنَا : إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِكِ . ^(٢) فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ بِالتَّمْلِكِ ^(٣) . انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْحُرُّ امْرَأَتَهُ ^(٤) . وَلَوْ طَوَّهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ حُرًّا فَاشْتَرَاهَا فِي ذِمَّتِهِ أَوْ بِمَا يَخْتَصُّ بِمِلْكِهِ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا وَحَلَّتْ لَهُ بِمِلْكِ يَمِينِهِ ، وَإِنْ مَلَكَ بَعْضُهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ جَمِيعَهَا ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِعَيْنِ مَالٍ مُشْتَرَكٍ ^(٥) بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَقُلْنَا : إِنَّهُ لَا تَفَرَّقُ الصَّفَقَةُ . لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ ، وَالنِّكَاحُ بِحَالِهِ . وَإِنْ قُلْنَا بِتَفَرِّيقِهَا ، صَحَّ فِي قَدْرِ مَالِهِ ، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ بِمِلْكِهِ بَعْضُهَا .

٣٠٩٥ - مسألة : (وَلَيْسَ لِسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا ، إِلَّا الْمَجْنُونَةُ ، لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا الْمَيْلُ إِلَى الرِّجَالِ) لَيْسَ لِسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ غَيْرِ الْأَبِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، جَدًّا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ،

الإنصاف قوله : وَلَا يَجُوزُ لِسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا ، إِلَّا الْمَجْنُونَةَ ، لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا الْمَيْلُ إِلَى الرِّجَالِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،

(١) انظر ماتقدم في ١٣ / ٤١٧ .

(٢-٣) سقط من : م .

(٣) في م : « امرأة » .

(٤) في م : « مشتركة » .

وأبو عبيد ، والثوري ، وابن أبي ليلى . وهو قول الشافعي إلا في الجد ، فإنه جعله كالأب ؛ لأن ولايته ولاية إيلاد ، فملك الإجمار ، كالأب . ولنا ، ما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لَا تُنْكَحُ الْأَيْمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فقالوا : يا رسول الله ، فكيف

و « النظم » . واختاره أبو الخطاب وغيره . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » ، وغيرهم . وقيل : ليس لهم ذلك مطلقاً . وهو ظاهر كلام الخريقي . وقال القاضي : لا يزوجه إلا الحاكم . قاله المصنف ، والشارح . وقال في « الفروع » : وذكر القاضي وغيره وجهها ، يجبرها الحاكم . وأطلقهن الزركشي . وأطلق الأول والأخير في « الرعاية » .

فوائد^(١) ؛ إحداهما ، لو لم يكن لها ولي إلا الحاكم ، زوجهها . على الصحيح من المذهب . واختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب . قال في « الفروع » : يجبرها حاكم ، في الأصح . وقيل : ليس له ذلك . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » . وقال في « المعنى » ، وتبعه في « الشرح » : وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها ، إن قال أهل الطب : إن علقتها تزول بتزويجها ؛ لأن ذلك من أعظم مصالحتها . الثانية ، تعرف شهوتها من كلامها ومن قرائن أحوالها ؛ كتبيلها الرجال ، وميلها إليهم ، وأشبه ذلك . الثالثة ، إن احتاج الصغير العاقل والمجنون^(٢) المطبق البالغ إلى النكاح ، زوجهما الحاكم بعد الأب والوصي . على الصحيح من المذهب . قدمه في « الفروع » فيهما . وجزم به في « الرعاية »

(١) في الأصل : « فائدتان » .

(٢) في الأصل : « أو مجنون ... » .

إِذْنَهَا ؟ قَالَ : « أَنْ تَسْكُتَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَلَأَنَّ الْجَدَّ قَاصِرٌ عَنِ
الْأَبِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْإِجْبَارَ ، كَالْعَمِّ ، وَلَأنَّهُ يُذَلِّي بغيرِهِ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ
الْعَصَبَاتِ ، وَفَارَقَ الْأَبَ ؛ فَإِنَّهُ يُذَلِّي بغيرِ واسِطَةٍ ، وَيُسْقِطُ الْجَدَّ ،
وَيَحْجُبُ الْأُمَّ عَنْ ثُلُثِ الْمَالِ إِلَى ثُلُثِ الْبَاقِي فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ ، ^(٢) أَوْ امْرَأَةً
وَأَبَوَيْنِ ^(٣) . فَأَمَّا الْمَجْنُونَةُ ^(٤) فَلَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ لَهُمْ مِنْهَا الْمَيْلُ إِلَى
الرَّجَالِ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا الْحَاكِمُ ؛
لَأنَّهُ النَّاطِرُ لَهَا فِي مَالِهَا دُونَهُمْ ، فَيَجِبُ أَنْ يَخْتَصَّ بِالْوِلَايَةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ،

الإِنصاف

فِي الْمَجْنُونِ . وَظَاهِرُ الْإِيضَاحِ « لَا يُزَوِّجُهُمَا أَيضًا . وَإِنْ لَمْ يَخْتِاجَا إِلَيْهِ ، فَلَيْسَ
لَهُ تَزْوِيجُهُمَا ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ،
و « الشَّرْح » . قَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » عَنِ الْمَجْنُونِ : وَهُوَ أَظْهَرُ . وَقِيلَ : يُزَوِّجُهُمَا
الْحَاكِمُ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : لَهُ تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ الْعَاقِلِ ؛ لَأنَّهُ يَلِي مَالَهُ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » فِيهِمَا ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرُّعَايَةِ » فِي الْمَجْنُونِ .

تَسْبِيحَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَلْحَقَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » جَمِيعَ الْأَوْلِيَاءِ ، غَيْرَ
الْأَبِ وَالْوَصِيِّ ، بِالْحَاكِمِ فِي جَوَازِ تَزْوِيجِهِمَا عِنْدَ الْحَاجَةِ ، وَالْخِلَافُ مَعَ عَدَمِهَا .
وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ هَذِهِ الْأَحْكَامَ مَخْصُوصَةٌ بِالْحَاكِمِ . قَدَّمَهُ فِي
« الْفُرُوعِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، إِلَّا أَنَّهُمَا قَالَا : يَتَّبَعِي
أَنْ يَجُوزَ تَزْوِيجُهُ ، إِذَا قَالَ أَهْلُ الطَّبِّ : إِنَّ فِي ذَلِكَ ذَهَابَ عِلَّتِهِ ؛ لَأنَّهُ مِنْ أَعْظَمِ
مَصَالِحِهِ . الثَّانِي ، الْمُرَادُ هُنَا مُطْلَقُ الْحَاجَةِ ؛ سِوَاءَ كَانَتْ الْحَاجَةُ لِلنِّكَاحِ أَوْ غَيْرِهِ .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٢١ .

(٢-٣) في الأصل : « وامرأة » .

(٣) في الأصل : « المحجوبة » .

الشرح الكبير

أَنَّ وَلَايَتَهُمْ مُقَدَّمَةٌ عَلَى وَلَايَةِ الْحَاكِمِ لَوْ كَانَتْ عَاقِلَةً ، فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ
مَجْنُونَةً . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الطَّبِّ : إِنَّ
عِلَّتَهَا تَزْوُلُ بِذَلِكَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُحْتَاجَةٌ إِلَيْهِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّهْوَةِ عَنْهَا ،
وَصِيَابَتِهَا عَنِ الْفُجُورِ ، وَتَحْصِيلِ النِّفَقَةِ [٩٢/٦ ظ] وَالْمَهْرِ ، فَجَازَ
تَزْوِيجُهَا تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الْمَصَالِحِ ، كَغَيْرِهَا .

فصل في تزويج المجنونة : إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تُجْبَرُ لَوْ ^(١) كَانَتْ عَاقِلَةً ،
جَازَ تَزْوِيجُهَا لِمَنْ يَمْلِكُ إِجْبَارَهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ إِجْبَارَهَا مَعَ عَقْلِهَا
وَامْتِنَاعِهَا ، فَمَعَ عَدَمِهِ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا يُجْبَرُ ، فَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛
أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ وَلِيُّهَا الْأَبُ أَوْ وَصِيَّهُ ، كَالثَّيِّبِ ^(٢) الْكَبِيرَةِ ، فَهَذِهِ
يَجُوزُ لَوَلِيِّهَا تَزْوِيجُهَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ
جَعَلَ لِلْأَبِ تَزْوِيجَ الْمَعْتُوهِ ، فَالْمَرْأَةُ أَوَّلَى . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبَى
حَنِيفَةَ . وَمَنَعَ مِنْهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهَا وَلَايَةُ إِجْبَارٍ ، وَلَيْسَ عَلَى الثَّيِّبِ ^(٣) وَلَايَةُ
إِجْبَارٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، فَإِنَّ وَلَايَةَ الْإِجْبَارِ إِنَّمَا انْتَفَتْ عَنِ الْعَاقِلَةِ بِحُصُولِ
الْمُبَاشَرَةِ مِنْهَا وَالْخِبَرَةِ ، وَهَذِهِ بِخِلَافِ ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي

وَكَذَلِكَ أَطْلَقَ الْحَاجَةُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَصَرَّحَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » وَغَيْرِهِ . قَالَ
فِي « الْفُرُوعِ » : وَهُوَ أَظْهَرُ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » وَغَيْرِهِ : الْحَاجَةُ
هَنَا هِيَ الْحَاجَةُ إِلَى التَّكَاحِرِ ، لَا غَيْرُ .

(١) فِي م : « أَوْ » .

(٢) فِي م : « كَالْبَيْتِ » .

(٣) فِي النُّسخَتَيْنِ : « الْبَيْتِ » . وَانْظُرِ الْمُعْنَى ٤١٢/٩ .

الثَّيِّبُ^(١) الصغيرة إذا قُلْنَا بَعْدَ الإِجْبَارِ فِي حَقِّهَا ، إِذَا كَانَتْ عَاقِلَةً .
القِسْمُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ وَلِيُّهَا الْحَاكِمُ ، ففِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ
تَزْوِيجُهَا^(٢) بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ وَلَايَةُ إِجْبَارٍ ، فَلَا تَثْبُتُ لغيرِ الأبِ ،^(٣) كَحَالِ
عَقْلِهَا^(٤) . وَالثَّانِي ، لَهُ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا شَهْوَةُ الرِّجَالِ ، كَبِيرَةٌ كَانَتْ
أَوْ صَغِيرَةً . وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛
لِأَنَّ لَهَا حَاجَةً إِلَيْهِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّهْوَةِ عَنْهَا ، وَصِيَانَتِهَا عَنِ الْفُجُورِ ،
وَتَحْصِيلِ الْمَهْرِ وَالتَّقَةِ ، وَالْعَفَافِ وَصِيَانَةِ الْعِرْضِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى
إِذْنِهَا ، فَأَيُّحَ تَزْوِيجُهَا ، كَالثَّيِّبِ^(٥) مَعَ أَبِيهَا ، وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَمْلِكَ
تَزْوِيجَهَا إِنْ قَالَ أَهْلُ الطَّبِّ : إِنَّ^(٦) عَلَّتْهَا تَزْوُلُ بِتَزْوِيجِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ
أَعْظَمِ مَصَالِحِهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ صَغِيرَةٍ بِحَالٍ ، وَيَمْلِكُ
تَزْوِيجَ الْكَبِيرَةِ إِذَا قَالَ أَهْلُ الطَّبِّ : إِنَّ عَلَّتْهَا تَزْوُلُ بِتَزْوِيجِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ
الْمَعْنَى الْمُبِيحَ لِلتَّزْوِيجِ وَجَدَ فِي حَقِّ الصَّغِيرَةِ ، فَأَيُّحَ تَزْوِيجُهَا ، كَالْكَبِيرَةِ
وَإِذَا^(٧) ظَهَرَتْ مِنْهَا شَهْوَةُ الرِّجَالِ^(٨) ، فَفِي تَزْوِيجِهَا مَصْلَحَتُهَا وَدَفْعُ
حَاجَتِهَا . وَتُعَرَفُ شَهْوَتُهَا مِنْ كَلَامِهَا ، وَمِنْ قَرَائِنِ أَحْوَالِهَا ، كَتَّبِعِهَا
الرِّجَالُ وَمِثْلُهَا إِلَيْهِمْ ، وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ . الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، مَنْ وَلِيُّهَا غَيْرُ الْأَبِ
وَالْحَاكِمِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا الْحَاكِمُ . فَيَكُونُ حُكْمُهَا حُكْمَ

(١) فِي النُّسخَتَيْنِ : « الْبَيْت » . وَانْظُرِ الْمَعْنَى ٤١٢/٩ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣ - ٣) فِي م : « بِحَالِ عَضْلِهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « كَالْبَيْت » .

(٥ - ٥) فِي م : « أَظْهَرَتْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « الرِّجُل » .

وَلَيْسَ لَهُمْ تَزْوِيجُ صَغِيرَةٍ بِحَالٍ . وَعَنْهُ ، لَهُمْ ذَلِكَ ، وَلَهَا الْخِيَارُ الْمُنْعَى
إِذَا بَلَغَتْ . وَعَنْهُ ، لَهُمْ تَزْوِيجُ ابْنَةٍ تَسَعِ سِنِينَ بِإِذْنِهَا .

الشرح الكبير

القِسْمُ الثَّانِي عَلَى مَا بَيَّنَّا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَهُمْ تَزْوِيجُهَا فِي الْحَالِ الَّتِي يَمْلِكُ الْحَاكِمُ تَزْوِيجَ مُوَلَّيَّتِهِ فِيهَا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ وَلَا يَتَّهِمُ مُقَدِّمَةً عَلَى وِلَايَةِ الْحَاكِمِ ، فَقَدِّمُوا عَلَيْهِ فِي التَّزْوِيجِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ عَاقِلَةً . وَوَجْهُ قَوْلِ الْقَاضِي ، أَنَّ الْحَاكِمَ هُوَ النَّاطِرُ فِي مَالِهَا دُونَهُمْ ، فَكَانَ وَلِيًّا دُونَهُمْ ، كَتَزْوِيجِ أُمَّتِهَا ، وَلِأَنَّ هَذَا دَفْعُ حَاجَةٍ ظَاهِرَةٍ ، فَكَانَتْ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَدَفْعِ حَاجَةِ الْجُوعِ وَالْعُرْيِ . فَإِنْ كَانَ وَصِيًّا^(١) فِي مَالِهَا ، لَمْ يَمْلِكْ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ^(٢) ، وَالْحُكْمُ فِي تَزْوِيجِهَا حُكْمُ مَنْ وَلِيَّتْهَا غَيْرُ الْأَبِ وَالْحَاكِمِ ، كَمَا ذَكَرْنَا .

٣٠٩٦ - مَسْأَلَةٌ : (وَلَيْسَ لَهُمْ تَزْوِيجُ صَغِيرَةٍ بِحَالٍ) لَمَّا رُوِيَ أَنَّ قَدَامَةَ بَنَ مَظْعُونٍ زَوْجَ ابْنَةِ أَخِيهِ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ ، [٩٣/٦] فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ وَلَا تَنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا »^(٣) .
« وَالصَّغِيرَةُ » لَا إِذْنَ لَهَا (وَعَنْ أَحْمَدَ) أَنَّ (لَهُمْ ذَلِكَ ، وَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ) وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ،

قَوْلُهُ : وَلَيْسَ لَهُمْ تَزْوِيجُ صَغِيرَةٍ بِحَالٍ . هَذَا إِخْدَى الرُّوَايَاتِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمُنْذَهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ،

(١) فِي النَّسَخَتَيْنِ : « وَصِيًّا » . وَانْظُرِ الْمَغْنَى ٩/٤١٣ .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْمَغْنَى ٩/٤١٣ : « فِي نِكَاحِهَا » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/١٣٠ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ٣/٢٣٠ . وَالْبَيْهَقِيُّ ٧/١٢٠ .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

الشرح الكبير وقتادة ، وابن شبرمة ، والأوزاعي ، وأبي حنيفة . وقال هؤلاء غير^(١) أبي حنيفة : إذا زَوَّجَ الصَّغِيرَيْنِ غير الأب ، فلهما الخيارُ إذا بَلَغَا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾^(٢) . مفهومة أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ، واليتيمة التي لم تبلغ ؛ لقول النبي ﷺ : « لَا يُتَمَّ بَعْدَ احْتِلَامٍ »^(٣) . قال عروة : سألت عائشة عن قول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ ﴾ . قالت : يا ابن أخي ، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ، يُعْجِبُهَا مَالُهَا وَجَمَالُهَا ، يُرِيدُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ أَنْ يُقْسِطَ فِي صَدَاقِهَا ، فَيُعْطِيَهَا مِثْلَ مَا يُعْطِيهَا غَيْرُهُ ، فَنَهَوْنَا عَنْ نِكَاحِهَا إِلَّا أَنْ يُقْسِطُوا فِيهَا ، وَيُلْغَوْا

الإِنصاف و « النَّظْمِ » . قال ابن مُنْجَى في « شَرْحِهِ » : هذا المذهب . قال الزَّرْكَشِيُّ : ولا عِبْرَةٌ بِمَا قَالَهُ ابْنُ مُنْجَى في « شَرْحِهِ » . وَقَدَّمَهُ في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وعنه ، لهم ذلك . ولها الخيارُ إذا بَلَغَتْ ، ولو كان قبل تِسْعِ سِنِينَ . فعليها ، يُفِيدُ الْحِلَّ [١٢/٣] وَالْإِرْثَ وَبَقِيَّةُ أَحْكَامِ النِّكَاحِ . على الصَّحِيحِ . جَزَمَ بِهِ في « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ في « الْفُرُوعِ » . وقال في « الْفُصُولِ » : لَا يُفِيدُ الْإِرْثَ . وقال الزَّرْكَشِيُّ : ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، لَا يُفِيدُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ مُوقُوفًا . وَمَالَ إِلَيْهِ الزَّرْكَشِيُّ . وعنه رِوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، لَهُمْ تَزْوِيجُ ابْنَةِ تِسْعِ سِنِينَ بِإِذْنِهَا . اعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الرِّوَايَةَ مُفَرَّغَةٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ، مِنْ كَوْنِ ابْنَةِ تِسْعٍ هَلْ لَهَا إِذْنٌ مُعْتَبَرَةٌ

(١) في النسختين : « عن » . وانظر المغنى ٤٠٢/٩ .

(٢) سورة النساء ٣ .

(٣) تقدم تخريجه في ٦٨/١٠ .

أَعْلَى^(١) سُنَّتِهِنَّ فِي الصَّدَاقِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَرَوَتْ عَائِشَةُ أَنَّ جَارِيَةً بِكَرًا زَوَّجَهَا أَبُوهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ^(٣) . الْحَدِيثُ مُرْسَلٌ . وَالثَّالِثَةُ ، لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا ، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٤) . وَقَدْ انْتَفَى الْإِذْنُ فِي مَنْ لَمْ تَبْلُغْ تِسْعَ سِنِينَ ، فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى مَنْ بَلَغَتْ تِسْعًا .

أَمْ لَا ؟ وَتَقَدَّمَ أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ الْمَنْصُوصَ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، الَّذِي عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ ، أَنَّ لَهَا إِذْنَ مُعْتَبَرَةً ، فَتَكُونُ هَذِهِ الرِّوَايَةُ هِيَ الْمَذْهَبَ . وَهُوَ كَذَلِكَ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَنَاضَمَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ شَرِكَةِ الْيَتِيمِ وَأَهْلِ الْمِيرَاثِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّرِكَةِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبْدِلُوا الْخَيْثَ بِالطَّيِّبِ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا ، وَفِي : بَابِ : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَتَامَى ﴾ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ ، وَفِي : بَابِ التَّرْغِيبِ فِي النِّكَاحِ ، وَبَابِ الْأَكْفَاءِ فِي الْمَالِ وَتَزْوِيجِ الْمَقْلِ الْمَثْرِيَةِ ، وَبَابِ لَا يَتَزَوَّجُ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ،... وَبَابِ إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ هُوَ الْخَاطَبُ ،... ، وَبَابِ تَزْوِيجِ الْيَتِيمَةِ ،... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ مَا يَنْبَغِي مِنَ الْإِحْتِيَالِ لِلْوَلِيِّ فِي الْيَتِيمَةِ ،... ، مِنْ كِتَابِ الْحَيْلِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/١٨٣ ، ٤/١١ ، ٦/٥٣ ، ٧/٣ ، ١٠/١١ ، ٢١/٢٣ ، ٢٤/٢٤ ، ٩/٣١ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٤/٢٣١٣ ، ٢٣١٤ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا يَكْرَهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُنَّ مِنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١/٤٧٧ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَسْطِ فِي الْأَصْدَقَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَجْتَبَى ٦/٩٥ .

(٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٢١ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَحَدِيثُ عَائِشَةَ تَقْدَمُ فِي صَفْحَةِ ١٢٣ .

(٤) فِي : بَابِ فِي الْاسْتِمَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١/٤٨٣ .

كَأَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِكْرَاهِ الْيَتِيمَةِ عَلَى التَّزْوِيجِ . مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥/٢٩ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْبِكْرِ يَزَوِّجُهَا أَبُوهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَجْتَبَى ٦/٧١ ، ٧٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْيَتِيمَةِ تَزَوَّجَ نَفْسَهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سُنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢/١٣٨ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١/٢٦١ ، ٣٣٤ ، ٢/٢٥٩ ، ٤/٤٧٥ ، ٤/٣٩٤ ، ٨/٤٠٨ ، ١١/٤١١ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ لِلأَبِ اسْتِئْذَانُ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِهِ ، وَنَهَى عَنِ الْإِنْكَاحِ بِدُونِهِ ، وَأَقْلُ أَحْوَالِ ذَلِكَ الْاسْتِحْبَابُ ، وَلَأنَّ فِيهِ تَطْيِيبَ قَلْبِهَا ، وَخُرُوجًا مِنَ الْخِلَافِ ، وَقَالَتْ عَائِشَةُ : سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْجَارِيَةِ يُنْكَحُهَا أَهْلُهَا ^(١) ، أَسْتَأْمَرُ أَمْ لَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « نَعَمْ ، تُسْتَأْمَرُ » ^(٢) . وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « اسْتَأْمَرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْصَاعِهِنَّ » . قِيلَ ^(٣) : فَإِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحْيِي فَتَسْكُتُ . قَالَ ^(٤) : « فَهُوَ إِذْنُهَا » ^(٥) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا ^(٥) . وَرَوَى عَنْ عَطَاءٍ قَالَ : كَانَ النَّبِيُّ

« الْمُفْرَدَاتِ » . قَالَ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : وَلِغَيْرِ هَاتَا تَزْوِيجُ بِنْتِ تِسْعِ سِنِينَ . عَلَى الْأَصَحِّ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ فِي « شَرْحِ الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » : هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ فِي « فُرُوعِهِ » . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » . وَقَدْ بَنَى فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ ، هَذَا الْخِلَافَ هُنَا

الإيناف

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَبُوهَا » .

(٢) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ الثَّيْبِ فِي النِّكَاحِ بِالنِّسَاءِ ، ... مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ١٠٣٧/٢ ، وَهَذَا اللَّفْظُ . وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ مُخْتَصِرًا ، فِي : بَابِ لَا يُنْكَحُ الْأَبُ وَغَيْرُهُ الْبِكْرَ وَالثَّيْبَ إِلَّا بِرِضَاهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ فِي النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الْحَيْلِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٣/٧ ، ٣٣/٩ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٦٥/٦ .

(٣) سَقَطَ مِنَ النُّسخَتَيْنِ ، وَالثَّبُوتُ مِنَ الْمُجْتَبَى وَالْمُسْنَدِ .

(٤) بِهَذَا اللَّفْظُ أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ إِذْنِ الْبِكْرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٧٠/٦ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٥/٦ ، ٢٠٣ . وَبَنَحُوهُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يُجُوزُ نِكَاحُ الْمَكْرَهَةِ ... مِنْ كِتَابِ الْإِكْرَاهِ .

صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٦/٩ ، ٢٧ .

(٥) هُمَا حَدِيثٌ وَاحِدٌ ، انْظُرْ فَتْحَ الْبَارِي ١٩٢/٩ .

عَلَيْهِ السَّلَامُ يَسْتَأْمِرُ بَنَاتِهِ إِذَا أَنْكَحَهُنَّ . قَالَ : كَانَ يَجْلِسُ عِنْدَ خِذْرِ الْمَخْطُوبَةِ
فَيَقُولُ : « إِنَّ فُلَانًا يَذْكُرُ فُلَانَةً » . فَإِنْ حَرَّكَتِ الْخِذْرَ لَمْ يَزُوجْهَا ، وَإِنْ
سَكَتَتْ زَوَّجَهَا^(١) . وَيُسْتَحَبُّ اسْتِئْذَانُ الْمَرْأَةِ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهَا ؛ لِقَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ : « آمِرُوا النِّسَاءَ فِي بَنَاتِهِنَّ »^(٢) . وَلِأَنَّهَا تُشَارِكُهُ فِي النَّظَرِ
لِبَنَتِهَا وَتَحْصِيلِ الْمَصْلَحَةِ لَهَا ؛ لَشَفَقَتِهَا عَلَيْهَا ، وَفِي اسْتِئْذَانِهَا تَطْيِيبُ قَلْبِهَا
وإِرْضَاؤُهَا ، فَيَكُونُ أَوْلَى .

على الْخِلَافِ فِي ابْنَةِ تِسْعٍ ، هَلْ لَهَا إِذْنٌ مُعْتَبَرَةٌ أَمْ لَا ؟ كَمَا تَقَدَّمَ . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ
فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » عَدَمُ الْبِنَاءِ ؛ حَيْثُ أَطْلَقُوا الْخِلَافَ هُنَاكَ ،
وَقَدَّمُوا هُنَا عَدَمَ تَزْوِيجِهِمْ مُطْلَقًا .

تَبْيِيهِ : قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَنْهُ ، لَهُمْ تَزْوِيجُهَا ، كَالْحَاكِمِ . فَظَاهِرُ هَذَا ،
أَنَّ لِلْحَاكِمِ تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ ، وَإِنْ مَنَعْنَا غَيْرَهُ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ ، بِلَا خِلَافٍ . وَلَا أَعْلَمُ
لَهُ عَلَى ذَلِكَ مُوَافِقًا ، بَلْ صَرَّحَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ » ، وَغَيْرِهِمَا بِغَيْرِ
ذَلِكَ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَمَعَ ذَلِكَ لَهُ وَجْهٌ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِالْمَصَالِحِ
مِنْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ ، لَكِنْ يَحْتَاجُ إِلَى مُوَافِقٍ ، وَلَعَلَّهُ : كَالْأَبِ . فَسَبَقَ الْقَلَمُ .
^(٣) وَكَذَا قَالَ شَيْخُنَا وَابْنُ نَصْرِ اللَّهِ فِي « حَوَاشِيهِمَا » . وَذَكَرَ شَيْخُنَا ، أَنَّهُ ظَاهِرُ
كَلَامِ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ »^(٤) .

(١) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ١٤١/٦ ، بِلَفْظِهِ عَنِ الْمَهَاجِرِ بْنِ عَكْرَمَةَ ، وَبَنَحُوهُ عَنْ عَطَاءٍ فِي ١٤٤ .
وَوَصَلَهُ الْبَيْهَقِيُّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٢٣/٧ وَرَجَعَ إِسْرَافَهُ . كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ
أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٧٨/٦ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ بَنَحُوهُ .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ١٢٣ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المقنع وَإِذْنُ الثَّيِّبِ الْكَلَامُ ، وَإِذْنُ الْبِكْرِ الصُّمَاتُ .

الشرح الكبير

٣٠٩٧ - مسألة : (وَإِذْنُ الثَّيِّبِ الْكَلَامُ ، وَإِذْنُ الْبِكْرِ الصُّمَاتُ)
أَمَّا الثَّيِّبُ ^(١) ، فَلَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي أَنَّ إِذْنَهَا الْكَلَامُ ؛
لِلخَبَرِ ، وَلَأنَّ اللِّسَانَ هُوَ الْمُعَبِّرُ عَمَّا فِي الْقَلْبِ ، وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ
يُعْتَبَرُ فِيهِ الْإِذْنُ ، غَيْرَ أَشْيَاءَ يَسِيرَةٍ أُقِيمَ الصُّمْتُ فِيهَا مُقَامَهُ لِعَارِضٍ . وَأَمَّا
الْبِكْرُ فَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا فِي قَوْلِ عَامَّةٍ [٩٣/٦] أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ شَرِيحٌ ،
وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَأَبُو
حَنِيفَةَ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْوَلِيِّ أَبًا أَوْ غَيْرَهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ :
فِي صَمَتِهَا فِي حَقِّ غَيْرِ الْأَبِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَكُونُ إِذْنًا ؛ لِأَنَّ
الصُّمَاتَ عَدَمُ الْإِذْنِ ، فَلَا يَكُونُ إِذْنًا ، وَلِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لِلرِّضَا ^(٢) وَالْحَيَاءِ
وغيرهما ^(٣) ، فَلَا يَكُونُ إِذْنًا ، كَمَا فِي حَقِّ الثَّيِّبِ ، وَإِنَّمَا اكْتَفَى بِهِ فِي حَقِّ

الإنصاف

تَنْبِيْهُ آخَرُ : الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ فِي الرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ : وَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ . الْبُلُوغُ
الْمُعْتَادُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ . وَقِيلَ : إِنَّهُ بُلُوغُ تِسْعِ
سِنِينَ . قَطَعَ بِهِ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالشَّيْرَازِيُّ .

قَوْلُهُ : وَإِذْنُ الثَّيِّبِ الْكَلَامُ - بِلَا نِزَاعٍ فِي الْجُمْلَةِ - وَإِذْنُ الْبِكْرِ الصُّمَاتُ .
هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَلَكِنْ نَطَقُوا أَبْلَغَ .
وَقِيلَ : يُعْتَبَرُ النُّطْقُ فِي غَيْرِ الْأَبِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيْقِ » ، فِي مَسْأَلَةِ إِجْبَارِ
الْبَالِغَةِ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

(١) فِي م : « الْبِنْتُ » .

(٢-٢) فِي م : « وَغَيْرِهِ » .

الأب ؛ لأنَّ رِضَاها غيرُ مُعْتَبَرٍ . وهذا شذوذٌ عن أهل العلم ، وتركُ اللُّسنةِ الصَّحِيحةِ الصَّريحةِ ، يُصانُ الشافعيُّ عن إضافتهِ إليه ، وجَعَلَهُ مذهباً له ، مع كونه من أتبعِ النَّاسِ لِسُنَّةِ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، ^(١) ولا يُعْرَجُ مُنْصِفٌ على هذا القولِ ، وقد تقدَّمتْ رِوَايتُنَا عن رسولِ اللَّهِ ﷺ ^(٢) أنه قال : « لَا تُنْكَحُ الْأَيْمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فقالوا : يا رسولَ اللَّهِ ، فكيفِ إذنْها ؟ قال : « أَنْ تَسْكُتَ » ^(٣) . وفي روايةٍ عن عائشةَ أَنَّها قالت : يا رسولَ اللَّهِ ، إِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحْيِي . قال : « رِضَاؤُهَا صَمْتُهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وفي روايةٍ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا » ^(٥) . وهذا صَرِيحٌ في غيرِ ذاتِ الأبِ . والأخبارُ

فائدتان ؛ إحداهما ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : يُعْتَبَرُ فِي الْأَسْتِئْذَانِ تَسْمِيَةُ الزَّوْجِ عَلَى وَجْهِ تَقَعِ الْمَعْرِفَةُ بِهِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ الْمَهْرِ . على الصَّحِيحِ . نقله الزُّرْكَانِيُّ . الثَّانِيَةُ ، قال في « التَّرْغِيبِ » وغيره : لَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَى إِذْنِهَا . وكذا قال ابنُ الْمُنَيِّ في « تَعْلِيْقِهِ » : لَا تُعْتَبَرُ الشَّهَادَةُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ . وقَدَّمَهُ في « الْفُرُوعِ » . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وفي المذهبِ خِلَافٌ شاذٌّ ، يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَى إِذْنِهَا . انتهى . وإنْ ادَّعَتْ الْإِذْنَ فَأَنْكَرَ وَرَثَتُهُ ، صُدِّقَتْ . وقال في « الْفُرُوعِ » : وَلَا تُشْتَرَطُ الشَّهَادَةُ بِخُلُوقِهَا عَنِ الْمَوَانِعِ .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٢١ . من حديث أبي هريرة .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب لا يُنْكَحُ الأبُ وغيره البكر واليتيم إلا برضاها ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢٣/٧ وهذا لفظه . وانظر ما تقدم في صفحة ١٤٤ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٤٣ .

الشرح الكبير في هذا كثيرة . ولأن الحياء عَقْلَةٌ عَلَى^(١) لِسَانِهَا ، يَمْنَعُهَا التَّنَطُّقَ بِالْإِذْنِ ، وَلَا تَسْتَحْيِي مِنْ إِبَائِهَا وَامْتِنَاعِهَا ، فَإِذَا سَكَتَتْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهُ لِرِضَاهَا^(٢) ، فَانْكُفَى بِهِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يُفْضَى إِلَى أَنْ لَا يَكُونَ صَمْتُهَا إِذْنًا فِي حَقِّ الْأَبِّ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُمْ جَعَلُوا وُجُودَهُ كَعَدَمِهِ ، فَيَكُونُ إِذَا رَدًّا عَلَى النَّبِيِّ ﷺ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَاطَّرَاحًا لِلْأَخْبَارِ الصَّرِيحَةِ الْجَلِيَّةِ ، وَخَرَقًا لِإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ .

فصل : فَإِنْ أُذِنَتْ بِالتَّنَطُّقِ فَهُوَ أَبْلَغُ وَأَتَمُّ ، وَإِنْ صَحِحَتْ أَوْ بَكَتَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ سُكُوتِهَا . وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِنْ بَكَتَ فَلَيْسَ بِإِذْنٍ ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى الْكَرَاهَةِ ، وَلَيْسَ بِصَمْتٍ فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْحَدِيثِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو بَكْرٍ^(٣) بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ ، فَإِنْ بَكَتَ أَوْ سَكَتَتْ فَهُوَ رِضَاهَا ، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهِا » . وَلِأَنَّهَا غَيْرُ نَاطِقَةٍ بِالْامْتِنَاعِ مَعَ سَمَاعِهَا لِلْاسْتِئْذَانِ ، فَكَانَ إِذْنًا مِنْهَا ، كَالصُّمَاتِ أَوْ^(٤) الضُّحُكِ ، وَالْبُكَاءُ يَدُلُّ عَلَى فَرْطِ الْحَيَاءِ ، لَا عَلَى الْكَرَاهَةِ ، وَلَوْ كَرِهَتْ لَامْتَنَعَتْ ، فَإِنَّهَا لَا تَسْتَحْيِي مِنَ الْامْتِنَاعِ ،

الإِنصَافُ الشَّرْعِيَّةُ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « كَرِضَاهَا » .

(٣) وأخرجه أبو داود ، في : باب في الاستعمار ، من كتاب النكاح ، وقال أبو داود : وليس « بكت » بمحفوظ ، وهو وهم في الحديث ، الوهم من ابن إدريس أو من محمد بن العلاء . سنن أبي داود ٤٨٣/١ . وانظر ما تقدم في صفحة ١٤٣ .

(٤) في م : « و » .

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الثُّيُوبَةِ بِوِطْءٍ مُبَاحٍ أَوْ مُحَرَّمٍ ، المنع

والحديث يدلُّ بصريحه على أنَّ الصَّمتَ إِذْنٌ ، وبمعناه على ما في معناه من الضَّحِكِ والبُكَاءِ ، ولذلك أَقْمَنَّا الضَّحِكُ مَقَامَهُ .

٣٠٩٨ - مسألة : (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الثُّيُوبَةِ بِوِطْءٍ مُبَاحٍ أَوْ مُحَرَّمٍ)
وجُمِلَتْهُ أَنَّ الثَّيْبَ الْمُعْتَبَرُ نَظْقُهَا ، هِيَ الْمُوْطُوءَةُ فِي الْقَبْلِ ، سَوَاءً كَانَ الْوِطْءُ
مُبَاحًا أَوْ مُحَرَّمًا . وهذا مذهبُ الشافعي . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةٌ ، في
المُصَابَةِ بِالْفُجُورِ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْبِكْرِ فِي إِذْنِهَا ^(١) تَرْوِجُهَا ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ
الْإِكْتِفَاءِ بِصُمَاتِ الْبِكْرِ الْحَيَاءُ ، ^(٢) وَالْحَيَاءُ ^(٣) مِنَ الشَّيْءِ لَا يَزُولُ إِلَّا
بِمُبَاشَرَتِهِ ، وهذه لم تُبَاشِرِ الْإِذْنَ فِي النِّكَاحِ ، فَبَقِيَ حَيَاؤُهَا مِنْهُ بِحَالِهِ .
وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الثَّيْبُ ^(٤) تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا » . وَلِأَنَّ قَوْلَهُ
[٩٤/٦] عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ
حَتَّى تُسْتَأْذَنَ ، وَإِذْنُهَا أَنْ تَسْكُتَ » ^(٥) . يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نُطْقِ
الثَّيْبِ ؛ لِأَنَّهُ قَسَمَ النِّسَاءَ قِسْمَيْنِ ، فَجَعَلَ السُّكُوتَ إِذْنًا لِأَحَدِهِمَا ، فَوَجِبَ

قوله : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الثُّيُوبَةِ بِوِطْءٍ مُبَاحٍ أَوْ مُحَرَّمٍ . أَمَّا الْوِطْءُ الْمُبَاحُ ، فَلَاخِلَافَ
فِي أَنَّهَا ثَيِّبَةٌ بِهِ . وَأَمَّا الْوِطْءُ بِالزَّوْنِي وَذَهَابُ الْبَكَارَةِ بِهِ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ
كَالْوِطْءِ الْمُبَاحِ فِي اغْتِبَارِ الْكَلَامِ فِي إِذْنِهَا . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ :

(١) بعده في الأصل : « يَجْزِ » .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) في م : « الْبِكْر » .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب استعمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٢/١ . والإمام

أحمد ، في : المسند ١٩٢/٤ . وهو صحيح بشواهد . انظر الإرواء ٢٣٤/٦ ، ٢٣٥ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٢١ من حديث أبي هريرة .

المنع فَأَمَّا زَوَالُ الْبَكَارَةِ بِإِصْبَعٍ أَوْ وَثْبَةٍ ، فَلَا يُغَيِّرُ صِفَةَ الْإِذْنِ .

الشرح الكبير أن يكون الآخر بخلافه ، وهذه ثيبٌ ، فإن الثيب الموطوءة في القبل ، وهذه كذلك . ولأنه لو وصى لثيب النساء دخلت في الوصية ، ولو وصى للأبكار لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكرة^(١) فوجدها مصابة بالزنى ، ملك الفسخ ، ولأنها موطوءة في القبل ، أشبهت الموطوءة بشبهة ، والتعليل بالحياء لا يصح ؛ فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه ، وإنما يعتبر بمطلته ، وهي البكارة ، ثم هذا التعليل يفضي إلى إبطال منطوق الحديث ، فيكون باطلاً في نفسه . ولا فرق بين المكرهة والمطوعة ، وعلى هذا ليس لأبيها إجبارها إذا كانت بالعة . وفي تزويجها إذا كانت صغيرة وجهان . قولهم : إنها لم تبأشِر الإذن . قلنا : يبطل بالموطوءة بشبهة ، وبملك يمين ، و^(٢) المزوجة وهي صغيرة .

٣٠٩٩ - مسألة : (فَأَمَّا زَوَالُ الْبَكَارَةِ بِإِصْبَعٍ أَوْ وَثْبَةٍ ، فَلَا يُغَيِّرُ صِفَةَ الْإِذْنِ) إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء ؛ كالوثبة ، أو شدة حيضة ،

الإتصاف وصرح به الأصحاب . قلت : بل أولى ، إن كانت مطوعة . قال في « الفروع » : والأصح : ولو بزنى . وقيل : حكمها حكم الأبكار . قلت : لعل صاحب هذا القول أراد إذا كانت مكرهة ، وإلا فلا وجه له .

قوله : فَأَمَّا زَوَالُ الْبَكَارَةِ بِإِصْبَعٍ أَوْ وَثْبَةٍ ، فَلَا يُغَيِّرُ صِفَةَ الْإِذْنِ . وكذا الوطء في الدُّبْرِ . على الصحيح من المذهب في ذلك كله ، وعليه الأصحاب . وعنه ،

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

أَوْ إِضْبَعٍ ، أَوْ عُودٍ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْأَبْكَارِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّهَا
لَمْ تَخْبِرْ^(١) الْمَقْصُودَ ، وَلَا وُجِدَ طَوُّهَا فِي الْقُبْلِ ، فَأُشْبِهَتْ مَنْ لَمْ تَزُلْ
عُذْرَتُهَا . وَكَذَلِكَ لَوْ وُطِئَتْ فِي الدُّبْرِ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَوْطُوعَةٍ فِي الْقُبْلِ .

فصل : إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجُ وَالْمَرْأَةُ فِي إِذْنِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا
فِي قَوْلِ أَكْثَرِ الْفُقَهَاءِ . وَقَالَ زُفَرٌ فِي الثَّبِّبِ كَقَوْلِ الْجَمَاعَةِ ، وَفِي الْبَكْرِ :
الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السُّكُوتُ ، وَالْكَلَامُ حَادِثٌ ، وَالزَّوْجُ
يَدْعِي الْأَصْلَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُنْكَرَةٌ لِلْإِذْنِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْمُنْكَرِ ، وَلِأَنَّهُ يَدْعِي أَنَّهَا اسْتُؤْذِنَتْ وَسَمِعَتْ فَصَمَّتْ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ

الإِنصاف

يُغَيِّرُ صِفَةَ الْإِذْنِ ، فَيُعْتَبَرُ النُّطْقُ فِي الْكُلِّ . قُلْتُ : لَوْ قِيلَ بِالْفَرْقِ بَيْنَ مَنْ ذَهَبَتْ بِكَارَتِهَا
بِإِضْبَعٍ أَوْ وَثْبَةٍ ، وَبَيْنَ مَنْ وُطِئَتْ فِي دُبْرِهَا مَطَاوِعَةً ، فَيَكْفِي الصَّمْتُ فِي الْأَوَّلَى
دُونَ الثَّانِيَةِ ، لَكَانَ لَهُ وَجْهٌ قَوِيٌّ .

فائدتان : إِحْدَاهُمَا ، حَيْثُ حَكَمْنَا بِالثُّبُوتِ ، لَوْ عَادَتِ الْبَكَارَةُ ، لَمْ يَزُلْ حُكْمُ
الثُّبُوتِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْحَاكِمِ » ، وَذَكَرَهُ غَيْرُهُ أَيْضًا . لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ
الثُّبُوتِ حَاصِلُهَا . وَذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ مَحَلًّا وَفَاقًا . الثَّانِيَةُ ، [١٢/٣] لَوْ
صَحَّحَتْ الْبَكْرُ أَوْ بَكَتْ ، كَانَ كَسُكُوتِهَا . قَالَ الْأَصْحَابُ . وَقَالَ فِي « الرُّعَايَةِ » :
قُلْتُ : فَإِنْ بَكَتْ كَارِهَةً ، فَلَا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُجْبَرَةً . انْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ
الصَّوَابُ ؛ فَإِنَّ الْبَكَاءَ تَارَةً يَكُونُ مِنْ شِدَّةِ الْفَرَحِ ، وَتَارَةً يَكُونُ لِشِدَّةِ الْعُصْبِ
وَعَدَمِ الرِّضَا بِالْوَاقِعِ . فَإِنَّ اشْتَبَهَ ذَلِكَ ، نَظَرْنَا إِلَى دَمْعِهَا ؛ فَإِنْ كَانَ مِنَ السُّرُورِ ،
كَانَ بَارِدًا ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْحُزَنِ ، كَانَ حَارًّا . ذَكَرَهُ الْبَعَوِيُّ عَنْ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ ،

(١) فِي م : « يَجْر » .

ذلك ، وهذا جوابٌ عن قوله^(١) . وإن اختلفا بعد الدُخولِ فقال
القاضي : القول^(٢) قولُ الزَّوجِ ؛ لأنَّ التَّمَكِّينَ مِنَ الوَطْءِ دليلٌ على الإِذْنِ
وصِحَّةِ النِّكَاحِ^(٣) ، فكان الظَّاهِرُ معه . وهل تُسْتَحْلَفُ المرأةُ إذا قلنا :
القولُ قولُها ؟ قال القاضي : قياسُ المذهبِ أنَّه لا يَمِينُ عليها ، كما لو ادَّعى
زَوْجِيَّتَها فَأُنْكَرَتْه . وبه قال أبو حنيفة . وقال^(٤) الشَّافِعِيُّ ، وأبو يوسف ،
ومحمدٌ : تُسْتَحْلَفُ . فَإِنْ نَكَلَتْ ، فقال أبو يوسف ، ومحمدٌ : يَثْبُتُ النِّكَاحُ .
وقال الشافعي : يُسْتَحْلَفُ الزَّوْجُ ، وَيَثْبُتُ النِّكَاحُ . ولنا ، أنه اِخْتِلَافٌ
فِي زَوْجِيَّةٍ^(٥) ، فلا يَثْبُتُ بالنُّكُولِ ، كما لو ادَّعى الزَّوْجُ أَصْلَ التَّزْوِيجِ
فَأُنْكَرَتْه . فَإِنْ كَانَتِ المرأةُ ادَّعَتْ أَنَّها أَذْنَتْ وَأُنْكَرَ وَرَثَةُ الزَّوْجِ ، فالقولُ
قولُها ؛ لأنَّه اِخْتِلَافٌ فِي أَمْرٍ مُخْتَصٍّ بِهَا ، صادِرٍ مِنْ جِهَتِها ، فكان القولُ
قولُها فيه ، كما لو اِخْتَلَفُوا فِي نَيْتِها فِيمَا تُعْتَبَرُ فِيهِ نَيْتُها ، ولأنَّها تدَّعى صِحَّةَ
العَقْدِ وهم يدَّعونَ فسادَه ، فالظَّاهِرُ معها .

فِي تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى فِي مَرْيَمَ : ﴿ وَقَرَأْ عَيْنًا ﴾^(٦) . فَإِنْ قِيلَ : كَانَ يُمَكِّنُهَا النَّطْقُ
إِذَا كَرِهَتْ . قلنا : وَكَانَ يُمَكِّنُهَا النَّطْقُ بِالْإِذْنِ^(٧) إِذَا رَضِيَتْ^(٨) ، وَلَكِنَّهَا لَمَّا كَانَتْ
مَطْبُوعَةً عَلَى الْحَيَاءِ فِي النَّطْقِ ، عَمَّ الرِّضَا وَالكَرَاهَةُ .

(١) بعده في المغني ٤١١/٩ : « إن الأصل معه » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « البكارة » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « زوجيته » .

(٦) سورة مريم ٢٦ . وانظر تفسير البغوي ٢٤٣/٤ .

(٧ - ٨) زيادة من : ١ .

[٩٦/٦ ظ] فصل في المَحْجُورِ عَلَيْهِ لِلْسَّفَهَةِ : والكلامُ في نِكَاحِهِ في ثلاثة أحوالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ لَوَلِيَّهَ تَزْوِيْجَهُ إِذَا عَلِمَ حَاجَتَهُ إِلَى النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ نَصِبَ لِمَصَالِحِهِ ، وَهَذَا مِنْ مَصَالِحِهِ ، لِأَنَّهُ يَصُونُ بِهِ دِينَهُ وَعِرْضَهُ وَنَفْسَهُ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا تَعَرَّضَ بِتَرْكِ التَّزْوِيْجِ لِلْإِثْمِ بِالزَّنى الْمَوْجِبِ لِلْحَدِّ ، وَهَتَكَ الْعِرْضَ ، وَسَوَاءٌ عَلِمَ بِحَاجَتِهِ بِقَوْلِهِ أَوْ بِغَيْرِ قَوْلِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ حَاجَتُهُ إِلَى الْاسْتِمْتَاعِ أَوْ إِلَى الْخِدْمَةِ ، فَيُزَوِّجُهُ امْرَأَةً لِتَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى الْخَلْوَةِ بِهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَيْهِ ، لَمْ يَجْزُ تَزْوِيْجُهُ ؛ لِأَنَّهُ تَلَزَمَهُ بِالنِّكَاحِ حُقُوقٌ ؛ مِنْ الْمَهْرِ ، وَالنَّفَقَةِ ، وَالْعِشْرَةِ ، وَالْمَيْمَتِ ، وَالسُّكْنَى ، فَيَكُونُ تَضْيِيعًا لِمَالِهِ وَنَفْسِهِ فِي غَيْرِ فَائِدَةٍ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَتَبْذِيرِ مَالِهِ . وَإِذَا أَرَادَ تَزْوِيْجَهُ اسْتَأْذَنَهُ فِي تَزْوِيْجِهِ ، فَإِنْ زَوَّجَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَمَلَكَه الْوَلِيُّ فِي حَقِّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ الصَّغِيرَ وَالْمَجْنُونَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكَ تَزْوِيْجَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى النِّكَاحِ ، كَالرَّشِيدِ وَالْعَبْدِ الْكَبِيرِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ إِجْبَارَهُ عَلَى النِّكَاحِ مَعَ مِلْكِ الطَّلَاقِ مُجَرَّدُ إِضْرَارٍ ، فَإِنَّهُ يُطْلَقُ فَيَلْزَمُهُ الصَّدَاقُ مَعَ فَوَاتِ النِّكَاحِ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي امْرَأَةٍ ، وَلَا يَكُونُ لَهُ فِي أُخْرَى ، فَإِذَا أُجْبِرَ عَلَى مَنْ يَكْرَهُهَا لَمْ تَحْصُلْ لَهُ الْمَصْلَحَةُ مِنْهَا ، وَفَاتَ عَلَيْهِ غَرَضُهُ مِنَ الْأُخْرَى ، فَيَحْصُلُ مُجَرَّدُ ضَرَرٍ مُسْتَعْنَى عَنْهُ . وَإِنَّمَا جَازَ ذَلِكَ فِي حَقِّ الْمَجْنُونِ وَالطُّفْلِ ، لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْوُصُولِ إِلَى ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِمَا ، وَلَا يَتَعَدَّرُ ذَلِكَ هَهُنَا ، فَوَجَبَ

الشرح الكبير أن لا يُفوت ذلك عليه ، كالرَّشيد . الحال الثاني ، أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها ، وهي حالة الحاجة ؛ لأنه من أهل النكاح ، فإنه عاقل مكلف ، ولذلك^(١) يملك الطلاق والخلع ، فجاز أن يفوض إليه ذلك ، وهو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقاً . وقال بعض الشافعية : يحتاج إلى التعيين له ؛ لئلا يتزوج شريفةً يكثر مهرها ونفقتها ، فيتضرر بذلك . ولنا ، أنه أذن في النكاح ، فجاز من غير تعيين ، كالإذن للعبد ، وبهذا ينطّل ما ذكره . ولا يتزوج إلا بمهر المثل ، فإن زاد على مهر المثل ، بطلت الزيادة ؛ لأنها مُحاباة بماله ، وهو لا يملكها . وإن نقص عن مهر المثل ، جاز ؛ لأنه ربح^(٢) من غير خسران . الحال الثالث ، إذا تزوج بغير إذن ، فقال أبو بكر : يصح النكاح ، أو ما إليه أحمد . قال القاضي : يعنى إذا كان محتاجاً ، فإن عدمت الحاجة لم يجز ؛ لأنه إتلاف لماله في غير فائدة . وقال أصحاب الشافعي : إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه ؛ لأنه محجور عليه ، فلم يصح منه التصرف بغير إذنه ، كالعبد ، وإن طلب منه النكاح ، فأبى أن يزوجه ، ففيه وجهان . ولنا ، أنه إذا احتاج إلى النكاح فحقه متعين وطى ، فعليه مهر المثل للزوجة ؛ لأنه أُلّف بضعها بشبهة ، فلزمه عوض

الإنصاف

(١) في م : « كذلك » .

(٢) في م : « تزوج » .

فَصْلٌ : [٢٠٣] **الثَّالِثُ ، الْوَلِيُّ ، فَلَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ ، فَإِنْ زَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا أَوْ غَيْرَهَا ، لَمْ يَصِحَّ .**

الشرح الكبير

ما أَتْلَفَ ، كإِتْلَافٍ مَالِهَا .

فصل : قال الشَّيْخُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (**الثَّالِثُ ، الْوَلِيُّ ، فَلَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ ، فَإِنْ زَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا أَوْ غَيْرَهَا ، لَمْ يَصِحَّ**) وَلَا تَمْلِكُ تَوْكِيلَ غَيْرِ وَلِيِّهَا «فِي تَزْوِيجِهَا» ، فَإِنْ فَعَلَتْ ، لَمْ يَصِحَّ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ ، وَعُثَيْدٌ^(١) اللَّهُ الْعَنْبَرِيُّ ، «وَالشَّافِعِيُّ»^(٢) ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُثَيْدٍ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَأَبِي يَوْسَفَ ، لَا يَجُوزُ لَهَا ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ ، فَإِنْ فَعَلَتْ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَتِهِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَهَا أَنْ تُزَوِّجَ نَفْسَهَا وَغَيْرَهَا ، وَتُؤَكَّلَ فِي النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ ﴾^(٣) . أَضَافَ النِّكَاحَ إِلَيْهِنَّ ، وَنَهَى عَنْ مَنَعِهِنَّ مِنْهُ^(٤) ، وَلِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّهَا ، وَهِيَ مِنْ أَهْلِ

قوله : **الثَّالِثُ ، الْوَلِيُّ ، فَلَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ** . هَذَا الْمَذْهَبُ . أَعْنَى أَنَّ الْوَلِيَّ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَنَصَّ عَلَيْهِ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : لَا يَخْتَلِفُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « عبد » .

(٣) سورة البقرة ٢٣٢ .

(٤) سقط من : م .

المُبَاشَرَة ، فَصَحَّ مِنْهَا ، كَبَيْعِ أُمَّتِهَا ، وَلَأنَّهَا إِذَا مَلَكَتْ بَيْعَ أُمَّتِهَا ، وَهُوَ تَصَرُّفٌ فِي رَقَبَتِهَا وَسَائِرِ مَنَافِعِهَا ، فَفِي النِّكَاحِ الَّذِي هُوَ عَقْدٌ عَلَى بَعْضِ نَفْعِهَا أَوْلَى . وَلَنَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلَى » . رَوَتْهُ عَائِشَةُ ، وَأَبُو مُوسَى ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ^(١) . قَالَ الْمَرْوُذِيُّ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ وَيَحْيَى عَنْ حَدِيثِ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلَى » . فَقَالَا : صَحِيحٌ . وَرَوَى عَنْ عَائِشَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا ^(٢) الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُمَا ^(٣) . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنَّ الزُّهْرِيَّ رَاوِيهِ ^(٤) ، وَقَدْ أَنْكَرَهُ . ^(٥) قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ : سَأَلْتُ الزُّهْرِيَّ عَنْهُ فَلَمْ يَعْرِفْهُ . قُلْنَا : لَمْ يَنْقُلْ هَذَا عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ غَيْرُ ابْنِ عُلَيَّةَ ، كَذَلِكَ ^(٥) قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ وَيَحْيَى ،

الإِنصاف الأصحابُ فِي ذَلِكَ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ الْوَلِيُّ بِشَرْطٍ مُطْلَقًا . وَخَصَّهَا الْمُصَنِّفُ وَجَمَاعَةٌ

(١) حَدِيثُ عَائِشَةَ أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٦٠/٦ .

وَحَدِيثُ أَبِي مُوسَى أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْوَلَى ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٨١/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلَى ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٢/٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلَى ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٦٠٥/١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ النَّبِيِّ عَنِ النِّكَاحِ بِغَيْرِ وَلَى ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٣٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٩٤/٤ ، ٤١٣ ، ٤١٨ .

وَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ ، فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ ، وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي : الْمُسْنَدِ ٢٥٠/١ . وَانْظُرِ الْكَلَامَ مُسْتَوْفَى عَلَى طَرَقِ الْحَدِيثِ فِي الْإِرْوَاءِ ٢٣٥/٦ - ٢٤٣ .

(٢) فِي م : « فَلَهُ » .

(٣) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

(٤) فِي م : « رَوَاهُ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الشرح الكبير

ولو ثَبَتَ^(١) هذا ، لم يَكُنْ فِيهِ حُجَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ نَقَلَ ثِقَاتٌ عَنْهُ ، فَلَوْ نَسِيَهُ الزُّهْرِيُّ لَمْ يُضِرَّهُ ؛ لِأَنَّ النَّسْيَانَ لَمْ يُعْصَمْ مِنْهُ إِنْسَانٌ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « نَسِيَ آدَمُ فَتَنَسَيْتَ ذُرِّيَّتَهُ »^(٢) . وَلِأَنَّهَا مُوَلَّى عَلَيْهَا فِي النِّكَاحِ ، فَلَا تَلِيهِ ، كَالصَّغِيرَةِ . فَأَمَّا الْآيَةُ ، فَإِنَّ عَضْلَهَا الْامْتِنَاعُ مِنْ تَزْوِيجِهَا ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ نِكَاحَهَا إِلَى الْوَلِيِّ ، وَ^(٣) يَدُلُّ عَلَيْهِ^(٤) أَنَّهَا نَزَلَتْ فِي شَأْنِ مَعْقِلِ ابْنِ يَسَارٍ حِينَ امْتَنَعَ مِنْ تَزْوِيجِ أُخْتِهِ^(٥) ، فَدَعَاهُ النَّبِيُّ ﷺ فَزَوَّجَهَا^(٦) . وَأَضَافَهُ إِلَيْهَا لِأَنَّهَا مَحَلٌّ لَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهَا تَزْوِيجُ أَحَدٍ^(٧) .

بِالْعُذْرِ لِعَدَمِ الْوَلِيِّ وَالسُّلْطَانِ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَوْ زَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا أَوْ غَيْرَهَا ، الْإِنْصَافُ لَمْ يَصِحَّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ لَهَا تَزْوِيجُ نَفْسِهَا . ذَكَرَهَا

(١) فِي م : « لَمْ يَثْبُت » .

(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ تَفْسِيرِ سُورَةِ الْأَعْرَافِ ، مِنْ أَبْوَابِ التَّفْسِيرِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١١ / ١٩٦ - ١٩٩ .

(٣) فِي م : « وَهَذَا » .

(٤) فِي م : « عَلَى » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م . وَفِي الْأَصْلِ : « ابْنَتُهُ » . وَالثَّبُوتُ مِنْ مَصَادِرِ التَّخْرِيجِ .

(٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ : ﴿ إِذَا طَلَقَ الْمَرْءُ نَفْسَهُ فَلْيَنْ أَجْلَهُنَ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ ، وَفِي : بَابِ مِنْ قَالَ : لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ . مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٦ / ٣٦ ، ٧ / ٢١ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْعَضْلِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٤٨١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ : ﴿ وَإِذَا طَلَقَ الْمَرْءُ نَفْسَهُ فَلْيَنْ أَجْلَهُنَ ... ﴾ ، مِنْ أَبْوَابِ التَّفْسِيرِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٢ / ١٠٣ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

المقنع وَعَنْهُ ، لَهَا تَزْوِيجُ أُمِّهَا وَمُعْتَقَتِهَا . فَيُخَرَّجُ مِنْهُ صِحَّةُ تَزْوِيجِ نَفْسِهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا ، وَتَزْوِيجِ غَيْرِهَا بِالْوَكَاةِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ .

الشرح الكبير

٣١٠٠ - مسألة : (وعن أحمد) أنَّ (لها تزويج أمِّها ومُعْتَقَتِهَا) وهذا يدلُّ على أنَّه تصحُّ عبارتها^(١) في النِّكَاحِ (فَيُخَرَّجُ مِنْهُ) أنَّ لها (تَزْوِيجَ نَفْسِهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا ، وَغَيْرِهَا بِالْوَكَاةِ) وهو مذهب^(٢) محمد بن الحسن . وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ [٩٥/٦ ظ] قَوْلَا لِابْنِ سِيرِينَ وَمَنْ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » . يَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى صِحَّتِهِ بِإِذْنِهِ . وَلِأَنَّهَا^(٣) إِنَّمَا مُنِعَتْ الْاِسْتِقْلَالَ بِالنِّكَاحِ لِقُصُورِ عَقْلِهَا ، فَلَا يُؤْمَنُ انْخِدَاعُهَا وَوُقُوعُهُ مِنْهَا عَلَى وَجْهِ الْمَفْسَدَةِ ، وَهَذَا مَا مُؤَنَّ فِيمَا إِذَا أُذِنَ فِيهِ وَلِيِّهَا (وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ) لِعُمُومِ قَوْلِهِ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ » . وَهَذَا يُقَدِّمُ عَلَى دَلِيلِ الْخِطَابِ ،

الإنصاف

جَمَاعَةً مِنَ الْأَصْحَابِ . وَعَنْهُ ، لَهَا أَنْ تَأْمُرَ رَجُلًا بِزَوْجِهَا . وَعَنْهُ ، لَهَا تَزْوِيجُ أُمِّهَا وَمُعْتَقَتِهَا . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ لَمْ يُثْبِتْهَا الْقَاضِي ، وَمَنْعَهَا . وَذَكَرَ الزَّرْكَاشِيُّ لَفْظَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي ذَلِكَ ، ثُمَّ قَالَ : وَفِي أَخْذِ رِوَايَةٍ مِنْ هَذَا نَظَرٌ ، لَكِنَّ عَامَّةَ الْمُتَأَخِّرِينَ عَلَى إِثْبَاتِهَا .

قوله : فَيُخَرَّجُ مِنْهُ صِحَّةُ تَزْوِيجِ نَفْسِهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا ، وَتَزْوِيجِ غَيْرِهَا بِالْوَكَاةِ . يَعْنِي ، عَلَى رِوَايَةٍ أَنَّ لَهَا تَزْوِيجَ أُمِّهَا وَمُعْتَقَتِهَا . وَخَرَّجَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَالْمَجْدُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ

(١) فِي م : « اعْتَبَارُهَا » .

(٢-٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « الشَّافِعِيُّ وَ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَلِأَنَّ الْمُرَادَ » .

الشرح الكبير

والتَّخْصِصُ هُنَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ ، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّهَا لَا تُزَوِّجُ نَفْسَهَا إِلَّا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِئِذَا ، وَالْعِلَّةُ فِي مَنَعِهَا صِيَانَتَهَا عَنْ مُبَاشَرَةِ مَا يُشْعِرُ بِوَقَاحَتِهَا وَرُعُونَتِهَا^(١) وَمِثْلُهَا إِلَى الرِّجَالِ ، وَذَلِكَ يُنَافِي حَالَ أَهْلِ^(٢) الصِّيَانَةِ وَالْمُرُوءَةِ .

الله : هَذَا التَّخْرِيجُ غَلَطٌ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ ، وَصَاحِبُ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » عَنْ هَذَا التَّخْرِيجِ : لَيْسَ بِشَيْءٍ . وَفَرَّقَ الْقَاضِي وَعَامَّةُ الْأَصْحَابِ - عَلَى رِوَايَةِ تَزْوِيجِ أُمَّتِهَا وَمُعْتَقَتِهَا - بَيْنَ تَزْوِيجِ أُمَّتِهَا ، وَتَزْوِيجِ نَفْسِهَا وَغَيْرِهَا ؛ بِأَنَّ التَّزْوِيجَ عَلَى الْمِلْكِ لَا يَخْتَاجُ إِلَى أَهْلِيَّةِ الْوِلَايَةِ ، بِدَلِيلِ تَزْوِيجِ الْفَاسِقِ مَمْلُوكَتَهُ .

تنبيه : فعلى المذهب ، يُزَوِّجُ أُمَّتَهَا بِإِذْنِهَا مَنْ يُزَوِّجُهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، يُزَوِّجُهَا أَيُّ رَجُلٍ أَذِنَتْ لَهُ .^(٣) هَذَا إِذَا كَانَتْ رَشِيدَةً ، فَأَمَّا الْمَحْجُورُ عَلَيْهَا ، فَيُزَوِّجُ أُمَّتَهَا وَلِئِذَا فِي مَالِهَا خَاصَّةً . قَالَ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، وَغَيْرُهُمْ ، وَقَطَعُوا بِهِ^(٤) . وَعَلَى الْمَذْهَبِ ، إِذَا زَوَّجَهَا وَلِئِذَا بِإِذْنِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ نَظْفِهَا بِالْإِذْنِ ؛ ثَبِيًّا كَانَتْ أَوْ بَكْرًا . وَعَلَى الْمَذْهَبِ أَيْضًا ، لَوْ زَوَّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِئِذَا ، فَهُوَ نِكَاحُ الْفُضُولَى ، وَفِيهِ طَرِيقَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي فِي تَصَرُّفِ الْفُضُولَى ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ . وَتَقَدَّمَ أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ الْبُطْلَانُ . وَهَذِهِ طَرِيقَةُ الْقَاضِي وَالْأَكْثَرِينَ . وَهِيَ الصَّحِيحَةُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَالطَّرِيقُ الثَّانِي ، الْقَطْعُ بِبُطْلَانِهِ . وَهِيَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَوْرَتِهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : فإن حَكَمَ بِصِحَّةِ هذا العَقْدِ حَاكِمٌ ، أو كان المَتَوَلَّى لِعَقْدِهِ حَاكِمًا ، لم يَجْزُ نَقْضُهُ ، وكذلك سائرُ الأَنْكِحَةِ الفاسدةِ . وخرَجَ القاضى وَجْهًا في هذا خَاصَّةً أَنَّهُ يُنْقَضُ . وهو قولُ الإِصْطَخَرِيِّ مِنْ أَصْحَابِ الشافعى ؛ لَأَنَّهُ خَالَفَ نَصًّا . والأَوَّلُ أَوَّلَى ؛ لَأَنَّهَا مَسْأَلَةٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا ، وَيَسُوغُ فِيهَا الاجْتِهَادُ ، فلم يَجْزُ نَقْضُ الحُكْمِ بِهِ ، كما لو حَكَمَ بِالشُّفْعَةِ لِلجَارِ ، وهذا النَّصُّ مُتَأَوَّلٌ ، وفي صِحَّتِهِ كَلَامٌ ، وقد عارضته ظواهرُ .

الإِنصاف طريقةُ أَبِي بَكْرٍ ، وابنِ أَبِي مُوسَى . ونَصُّ الإمامِ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، على التَّفْريقِ بَيْنَ البَيْعِ وَالتَّكَاكِحِ ، في رِوَايَةِ ابنِ القَاسِمِ . فعلى القَوْلِ بِفَسَادِ التَّكَاكِحِ ، وهو المذهبُ ، لا يَحِلُّ الوَطْءُ فِيهِ وَعَلَيْهِ فِرَاقُهَا ، فإنَّ أَبِي ، فَسَخَهُ الحَاكِمُ ، فإنَّ وَطْئَهُ ، فلا حَدَّ عَلَيْهِ ، على الصَّحِيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهرُ كَلَامِ الإمامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ . وقَدَّمَهُ في « الكافي » ، و « المُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، ونَصَرَاهُ . وعنه ، عليه الحَدُّ . وحَكَّى عن ابنِ حَامِدٍ . وأُطْلِقَهُمَا في « الفائق » .

فائدة : لو حَكَمَ بِصِحَّتِهِ حَاكِمٌ ، لم يُنْقَضُ . على الصَّحِيحِ مِنَ المذهبِ . قَدَّمَهُ في « المُعْنَى » ، و « الشَّرْح » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وصَحَّحَهُ المَجْدُ في « شَرْحِهِ » . وقيل : يُنْقَضُ . خرَّجَهُ القاضى . وهو قولُ الإِصْطَخَرِيِّ مِنَ الشَّافِعِيَّةِ . وأُطْلِقَهُمَا في « الفائق » ، و « الفروع » ، فقال : وهل ثَبَتَ بِنَصٍّ فَيَنْتَقِضُ حُكْمُ مَنْ حَكَمَ بِصِحَّتِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وفي « الوَسِيلَةِ » رِوَايَتَانِ .

تنبيه : ظاهرُ كَلَامِ المُصَنِّفِ ، في قَوْلِهِ : وعنه ، لها تَرْوِيجُ أَمَتِهَا وَمُعْتَقَتِهَا . أَنَّ المُعْتَقَةَ كَالْأَمَةِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وهو ظاهرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ .

وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ أَبُوْهَا ، المقنع

الشرح الكبير

٣١٠١ - مسألة : (وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ أَبُوْهَا) إنما قَيَّدَ الْمَرْأَةَ بِالْحُرِّيَّةِ ^(١) ؛ لِأَنَّ الْأُمَّةَ لَا وِلَايَةَ لِأَيِّهَا عَلَيْهَا ، بَغَيْرِ خِلَافٍ عِلْمَانَاهُ . وَأَوَّلَى النَّاسِ بِتَزْوِيجِهَا أَبُوْهَا ؛ لِأَنَّهُ ^(٢) لَا وِلَايَةَ لِأَحَدٍ مَعَهُ . وَبِهَذَا قَالَ

قال الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَهُوَ أَصَحُّ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي الْحَجَرِ ^(٣) مِنْ أَصْحَابِنَا ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَعَنْهُ ، لَا تَلِي نِكَاحَ الْمُعْتَقَةِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . فَعَلَى الْأَوَّلَى ، إِنْ طَلَبْتُ وَأَذِنْتُ ، زَوَّجْتُهَا ، فَلَوْ عَصَلْتُ ، زَوَّجَ وَلِيِّهَا . لَكِنْ فِي إِذْنِ السُّلْطَانِ وَجْهَانِ فِي « التَّرْغِيبِ » . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قُلْتُ [١٣/٣] : قَاعِدَةُ الْمَذْهَبِ تَقْتَضِي عَدَمَ إِذْنِهِ . وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، يُزَوَّجُهَا بَدُونِ إِذْنِهَا أَقْرَبُ عَصَبَتِهَا ، ثُمَّ السُّلْطَانُ ، وَيُجْبَرُهَا مَنْ يُجْبَرُ سَيِّدَتَهَا . قُلْتُ : الْأَوَّلَى ، عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، أَنْ لَا تُجْبَرَ الْمُعْتَقَةُ الْكَبِيرَةُ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : الْمُعْتَقَةُ فِي الْمَرَضِ ، هَلْ يُزَوَّجُهَا قَرِيبُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَقِيلَ : يَمْلِكُ إِجْبَارُهَا مَنْ يَمْلِكُ إِجْبَارَ سَيِّدَتِهَا الَّتِي أَعْتَقْتُهَا . قَالَ : وَهُوَ بَعِيدٌ . وَهُوَ كَمَا قَالَ فِي الْكَبِيرَةِ . ^(٤) وَظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ إِجْبَارٍ فِي تَزْوِيجِ الْمُعْتَقَةِ مُطْلَقًا .

قوله : وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ أَبُوْهَا ، ثُمَّ أَبُوْهُ وَإِنْ عَلَا ، ثُمَّ ابْنُهَا ،

(١) فِي م : « بِالْحُرَّةِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) هُوَ حَامِدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ حَامِدٍ ، أَبُو الْفَضْلِ الْحَرَانِي ، الْمَعْرُوفُ بِأَبْنِ أَبِي الْحَجَرِ ، كَانَ شَيْخَ حَرَانٍ وَخَطِيبِيهَا ، تَوَفَّى سَنَةَ سَبْعِينَ وَخَمْسِمِائَةٍ . ذِيلُ طَبَقَاتِ الْخَنَابِلَةِ ٣٣٢/١ .

(٤) - ٤ : سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

الشافعي . وهو المشهور عن أبي حنيفة . وقال مالك ، والعنبري ، وأبو يوسف ، وإسحاق ، وابن المنذر : الابن أولى . وهي رواية عن أبي حنيفة ؛ لأنه أولى منه بالميراث ، وأقوى تعصياً ؛ لأنه يسقط تعصيب جده . ولنا ، أن الولد موهوب لأبيه ، قال الله تعالى : ﴿ وَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى ﴾ ^(١) . وقال زكريا : ﴿ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ﴾ ^(٢) . وقال إبراهيم : ﴿ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ ﴾ ^(٣) . وقال النبي ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » ^(٤) . وإثبات ولاية الموهوب له ^(٥) على الهبة أولى من العكس ، ولأن الأب أكمل نظراً ، وأشد شفقة ، فوجب تقديمه في الولاية ، كتقديمه على الجد ، ولأن الأب يقوم على ولده في صغره وسفهه وجنونه ، فإليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه ، بخلاف الابن ، ولذلك اختص بولاية المال ، وجاز له أن يشتري لها من ماله ، وله من مالها ، إذا كانت صغيرة ، بخلاف غيره ، ولأن الولاية اختكام ، وإحكام الأصل على فرع أولى من العكس ، وفارق الميراث ، فإنه لا يُعتبر له النظر ، ولهذا يرث الصبي والمجنون ، وليس فيه اختكام ولا ولاية على الموروث ، بخلاف ما نحن فيه .

الإنصاف

ثم ابنته وإن سفل . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، يُقدم الابن وابنته على

(١) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٢) سورة آل عمران ٣٨ .

(٣) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٤) تقدم تخريجه في ٩٤/٧ ، ١٠٦/١٧ .

(٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

٣١٠٢ - مسألة : (ثُمَّ أَبُوهُ وَإِنْ عَلَا) يَعْنِي أَنَّ الْجَدَّ أَبَا الْأَبِ ، وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهُ ، أَحَقُّ بِالْوِلَايَةِ مِنَ الْإِبْنِ وَسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْإِبْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْجَدِّ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَمَنْ وَافَقَهُ ؛ [١٩٦/٦] لَمَّا تَقَدَّمَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ ثَالِثَةٌ ، أَنَّ الْأَخَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْجَدِّ ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ يُدْلَى بِأَبُوَّةِ الْأَبِ ، وَالْأَخَ يُدْلَى بِالْبُنُوَّةِ ، وَالْبُنُوَّةُ مُقَدَّمَةٌ . وَعَنْهُ رَوَايَةٌ رَابِعَةٌ ، أَنَّ الْأَخَ وَالْجَدَّ سَوَاءٌ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الْمِيرَاثِ بِالتَّعْصِيبِ ، وَاسْتِوَاؤُهُمَا فِي الْقَرَابَةِ يُوجِبُ اسْتِوَاءَهُمَا فِي الْوِلَايَةِ ، كَالْأَخَوَيْنِ ، وَلِأَنَّهُمَا عَصَبَتَانِ لَا يُسْقِطُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، فَاسْتَوَا فِي الْوِلَايَةِ ، كَالْأَخَوَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْجَدَّ لَهُ إِيلَادٌ وَتَعْصِيبٌ ، فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِمَا ، كَالْأَبِ ، وَلِأَنَّ الْإِبْنَ وَالْأَخَ يُقَادَانِ بِهَا ، وَالْأَخَ يُقَطَّعُ بِسَرَقَةِ مَالِهَا ، بِخِلَافِ الْجَدِّ ، وَالْجَدُّ لَا يَسْقُطُ فِي الْمِيرَاثِ إِلَّا بِالْأَبِ ، وَالْأَخُ يَسْقُطُ بِهِ وَبِالْإِبْنِ وَابْنِهِ ، وَإِذَا ضَاقَ الْمَالُ فِي الْمَسْأَلَةِ جَدٌّ وَأَخٌ ، سَقَطَ الْأَخُ وَحْدَهُ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهُ عَلَيْهِمَا ، كَالْأَبِ ، وَكَتَقْدِيمِهِ عَلَى الْعَمِّ وَسَائِرِ الْعَصَبَاتِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَالْجَدُّ وَإِنْ عَلَا أَوْلَى مِنْ جَمِيعِ الْعَصَبَاتِ غَيْرِ الْأَبِ ، وَأَوْلَى الْأَجْدَادِ أَقْرَبُهُمْ ، كَالْجَدِّ مَعَ الْأَبِ .

الْأَبِ وَالْجَدِّ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنَيِّ فِي « تَعْلِيلِهِ » . وَأَخَذَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « انْتِصَارِهِ » مِنْ قَوْلِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ : الْعَصَبَةُ فِيهِ مَنْ أُحْرَزَ الْمَالُ . وَخَرَّجَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مِنْ رَوَايَةِ تَقْدِيمِ الْأَخِ عَلَى الْجَدِّ ؛ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الْمَعْنَى . وَعَنْهُ ، يُقَدَّمُ الْإِبْنُ عَلَى الْجَدِّ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ،

ثُمَّ ابْنُهَا ، ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ نَزَلَ ،

الشرح الكبير

٣١٠٣ - مسألة : (ثم ابْنُهَا ، ثم ابْنُهُ وَإِنْ سَفَلَ) متى عُدِمَ الأبُ وآبَاؤُهُ ، فَأُوْلَى النَّاسِ بِتَزْوِيجِ الْمَرَأَةِ ابْنُهَا ، ثم ابْنُهُ بَعْدَهُ وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُ ، الْأَقْرَبُ فَلَا اقْرَبُ مِنْهُمْ . وبه قال أصحابُ الرَّأْيِ . وقال الشافعي : لا وِلَايَةُ لِلابْنِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ابْنُ عَمٍّ أَوْ مَوْلَى أَوْ حَاكِمًا ، فَيَلِي بِذَلِكَ لَا بِالْبُنُوَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُنَاسِبٍ لَهَا ، فَلَا يَلِي نِكَاحَهَا كَخَالِهَا ^(١) ، وَلِأَنَّ طَبْعَهُ يَنْفِرُ مِنْ تَزْوِيجِهَا ، فَلَا يَنْظُرُهَا . وَلَنَا ، مَا رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّهَا لَمَّا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، أَرْسَلَ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَخْطُبُهَا فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدًا . قَالَ : « لَيْسَ مِنْ أَوْلِيَائِكَ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ » . فَقَالَتْ : قُمْ يَا عُمَرُ ^(٢) فَزَوِّجْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ . فَزَوَّجَهُ . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٣) . قَالَ الْأَثَرُمُ : قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَحَدِيثُ عُمَرَ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ حِينَ زَوَّجَ النَّبِيَّ ﷺ أُمَّهُ أُمَّ سَلَمَةَ ، أَلَيْسَ كَانَ صَغِيرًا ؟ قَالَ : وَمَنْ يَقُولُ كَانَ صَغِيرًا ، لَيْسَ فِيهِ بَيَانٌ : ^(٤) « وَلِأَنَّهُ » عَدْلٌ مِنْ عَصَابَتِهَا ، فَيُثْبِتُ لَهُ وِلَايَةً

الإنصاف

وَالشَّيْزَارِيُّ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَنْهُ ، عَلَيْهَا تَقْدِيمُ الْأَخْرِ عَلَى الْجَدِّ . وَعَنْهُ ، سَوَاءٌ . وَذَكَرَ الزُّرْكَانِيُّ رِوَايَةً ثَالِثَةً بِتَقْدِيمِ الْجَدِّ عَلَى الْأَخْرِ ، عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، وَأُطْلِقَهُنَّ . وَخَرَجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَجْهًا بِتَسَاوِيِ الْأَبِ وَالْإِبْنِ ، وَالْجَدِّ وَالْإِبْنِ . وَخَرَجَهُ بَعْضُهُمْ مِنْ رِوَايَةِ اسْتِثْنَاءِ الْأَخْرِ وَالْجَدِّ .

(١) فِي م : « خَالِهَا » .

(٢) عُمَرُ ، ابْنُهَا .

(٣) فِي : بَابُ إِنْكَاحِ الْإِبْنِ أُمَّهُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَمِعُ ٦٦/٦ ، ٦٧ .

(٤) (٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

ثُمَّ أَخُوها لِأَبَوَيْها ، ثُمَّ لِأَيِّها .

المقنع

الشرح الكبير

تَزْوِيجُها ، كأخيها . وقولُهم : ليس بِمُناسِبٍ لها . مَمْنُوعٌ ، وإن سُلِّمَ فهو يَنْطُلُ بِالْحَاكِمِ ^(١) والمَوْلَى . وقولُهم : إنَّ طَبْعَهُ يَنْفِرُ مِنْ تَزْوِيجِها . قلنا : هذا مُعارضٌ في الفَرْعِ ليس له أَصْلٌ ، ثم يَنْطُلُ بما إذا كان ابنُ عَمٍّ أو مَوْلَى أو حاكِمًا . إذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّهُ يُقَدَّمُ على الآخرِ وَمَنْ بعده ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُهُ عندَ مَنْ يقولُ بولايته ؛ لأنَّه أَقْوَى منه تَعْصِييَا ، وقد اسْتَوَيَا في عَدَمِ الإِيلادِ .

٣١٠٤ - مسألة : (ثُمَّ أَخُوها لِأَبَوَيْها ، ثُمَّ لِأَيِّها) لا خِلافَ في تقديمِ الآخرِ بعدَ عَمُوْدَيِ النَّسَبِ ؛ لَكَوْنِهِ أَقْرَبَ الْعَصَبَاتِ بعدهم ، فَإِنَّهُ ابْنُ الْأَبِ ، وَأَقْوَاهُمْ تَعْصِييَا ، وَأَحَقُّهُمْ بِالْمِيراثِ . واخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ في الآخرِ ^(٢) لِلأَبَوَيْنِ وَالْأَخِ ^(٣) لِلأَبِ إذا اجْتَمَعَا ، فعنه ، أَنَّهُما سَوَاءٌ . اخْتَارَها الْخِرَقِيُّ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ في القديمِ ؛ لأنَّهُما اسْتَوَيَا في الإِذْلَاءِ بِالْجِهَةِ الَّتِي تُسْتَفَادُ بِهَا الْعُصْبَةُ ، وهي جِهَةُ الْأَبِ ، فاسْتَوَيَا في [٩٦/٦ ط] الْوَلَايَةِ ، كما لو كانا مِنْ أَبٍ ، وَإِنَّمَا رُجِّحَ الْآخَرُ ^(٤) في المِيراثِ بِجِهَةِ الْأُمِّ ، ولا مَدْخَلَ لها في الْوَلَايَةِ ، فلم يُرَجِّحْها ، كَالْعَمَمَيْنِ أَحَدُهُما خالٌ ، وابْنَى عَمٍّ أَحَدُهُما أَخٌ مِنْ أُمٍّ . والرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، الْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْلَى . اخْتَارَها أبو بَكْرٍ . وهذا قولُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ،

قوله : ثُمَّ أَخُوها لِأَبَوَيْها ، ثُمَّ لِأَيِّها . هذا إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وهو المذهبُ عندَ الإِنصافِ

(١) في الأصل : « بِالْحَكَمِ » .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

وَعَنْهُ تَقْدِيمُ الْإِبْنِ عَلَى الْجَدِّ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأَخِ ، وَبَيْنَ
الْأَخِ لِلْأَبَوَيْنِ وَالْأَخِ لِلْأَبِ .

المقنع

والشافعي . وهو الصحيح ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنه حَقٌّ يُسْتَفَادُ
بِالتَّعْصِيبِ ، فَيُقَدَّمُ فِيهِ الْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، كَالْمِيرَاثِ ، وَكَاسْتِحْقَاقِ
الْمِيرَاثِ بِالْوَلَاءِ ، فَإِنَّهُ لَا مَدْخَلَ لِلنِّسَاءِ فِيهِ ، وَقَدْ قُدِّمَ الْأَخُ لِلْأَبَوَيْنِ فِيهِ .
وبهذا يَبْطُلُ مَا ذَكَرَ لِلرُّوَايَةِ (١) الْأُولَى . وهكذا الْخِلَافُ فِي بَيْنِ الْإِخْوَةِ
وَالْأَعْمَامِ وَبَيْنِهِمْ . وَأَمَّا إِذَا كَانَ ابْنًا عَمًّا لِأَبٍ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ ، فَهَمَا سَوَاءٌ ؛
لأنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي التَّعْصِيبِ وَالْإِرْثِ بِهِ . وقال القاضي : فَيُهْمَا مِنَ الْخِلَافِ
مِثْلُ مَا فِي ابْنِ عَمٍّ مِنْ أَبَوَيْنِ وَابْنِ عَمٍّ مِنْ أَبٍ ؛ لِأَنَّهُ يُرْجَحُ بِجِهَةِ (٢) أُمِّهِ .
وليس كذلك ؛ لِأَنَّ جِهَةَ أُمِّهِ يَرِثُ بِهَا مُنْفَرِدَةً ، وَمَا وَرِثَ بِهَا مُنْفَرِدًا لَمْ
يُرْجَحْ بِهِ ، وَلِذَلِكَ (٣) لَمْ يُرْجَحْ بِهِ فِي الْمِيرَاثِ بِالْوَلَاءِ وَلَا فِي غَيْرِهِ . فعلى
هذا ، إِذَا اجْتَمَعَ ابْنُ عَمٍّ مِنْ أَبَوَيْنِ وَابْنُ عَمٍّ مِنْ أَبٍ هُوَ أَخٌ مِنْ أُمٍّ ، فَالْوِلَايَةُ
لِابْنِ الْعَمِّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ عِنْدَ مَنْ يَرَى تَقْدِيمَ وَلَدِ الْأَبَوَيْنِ .

الشرح الكبير

٣١٠٥ - مسألة : (وعنه تَقْدِيمُ الْإِبْنِ عَلَى الْجَدِّ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَ
الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ ، وَبَيْنَ الْأَخِ لِلْأَبَوَيْنِ وَالْأَخِ لِلْأَبِ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ .

المُتَأَخِّرِينَ . اخْتَارَهُ جَمَاعَةٌ ؛ مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ .
وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،

الإنصاف

(١) فِي م : « فِي الرُّوَايَةِ » .

(٢) فِي م : « مِنْ جِهَةِ » .

(٣) فِي م : « كَذَلِكَ » .

المفنع **ثُمَّ بَنُو الْإِخْوَةِ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ الْعَمُّ ، ثُمَّ ابْنُهُ ، ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَلَا اقْرَبُ**
مِنَ الْعَصَبَاتِ ، عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ .

الشرح الكبير

٣١٠٦ - مسألة : (ثُمَّ بَنُو الْإِخْوَةِ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ الْعَمُّ ، ثُمَّ ابْنُهُ ،
 ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَلَا اقْرَبُ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ،
 أَنَّ الْوِلَايَةَ بَعْدَ الْإِخْوَةِ تَتَرْتَّبُ عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ بِالتَّعْصِيبِ ، فَأَحَقُّهُمْ
 بِالْمِيرَاثِ أَحَقُّهُمْ بِالْوِلَايَةِ ، فَبَعْدَ الْإِخْوَةِ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ بَنُو الْجَدِّ
 وَهُمْ الْأَعْمَامُ^(١) ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ،^(٢)] ثُمَّ بَنُو جَدِّ الْأَبِ وَهُمْ
 أَعْمَامُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا^(٣) ،^(٤)] ثُمَّ بَنُو جَدِّ الْجَدِّ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ^(٥) ،
 وَعَلَى هَذَا ، لَا يَلِي بَنُو أَبِي أَعْلَى مَعَ^(٦) يَتِي أَبِي أَقْرَبَ مِنْهُ وَإِنْ نَزَلَتْ
 دَرَجَتُهُمْ ، وَأَوَّلَى وَلَدِ كُلِّ أَبِي أَقْرَبُهُمْ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مَبْنَى الْوِلَايَةِ عَلَى النَّظَرِ
 وَالشَّفَقَةِ ، وَذَلِكَ مُعْتَبَرٌ بِمَظْنَنَتِهِ ، وَهِيَ الْقَرَابَةُ ، فَأَقْرَبُهُمْ أَشْفَقُهُمْ . وَلَا
 نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ .

الإينصاف و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، وعنه ، هما سواء .
 وهو المذهب عند المتقدمين . جزم به الخرقى ، وابن عبدوس في « تذكيرته » ،
 وصاحب « الوجيز » ، وغيرهم . قال في « الفروع » : اختاره الأكثر . قال
 الزركشي : وهو المذهب عند الجمهور ؛ الخرقى ، وابن أبي موسى ، والقاضى ،
 والشريف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، وغيرهم .

(١) في م : « أعمام الأب » .

(٢ - ٣) تكملة من المعنى ٣٥٩/٩ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) في النسختين : « من » والثبت من المعنى ٣٥٩/٩ .

المقنع ثم المولى المنعم ، ثم عصباته من بعده ، الأقرب فالأقرب ، ثم

الشرح الكبير

فصل : ولا ولاية لغير العصابات من الأقارب ؛ كالأخ من الأم ، والخال ، وعم الأم ، وأبي الأم ، ونحوهم . نص عليه الإمام أحمد في مواضع . وهو قول الشافعي ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة . والثانية ، أن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي ؛ لأنه يرثها ، فوليتها كعصباتها . ولنا ، ما روي عن علي ، رضي الله عنه ، أنه إذا بلغ النساء نص الحقائق ، فالعصبة أولى . يعنى إذا أدركن . رواه أبو عبيد في « الغريب »^(١) . ولأنه ليس من عصباتها ، أشبه الأجنبي .

٣١٠٧ - مسألة : (ثم المولى المنعم ، ثم عصباته من بعده ،

الإنصاف

وقدّمه في « المستوعب » ، و « شرح ابن رزين » ، وناظم « المفردات » . وهو منها .

فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم في أولاد الإخوة من الأبوين والأب ، والأعمام من الأبوين والأب ، وأولادهم ، وهلم جرا . الثانية ، لو كانا ابني عم ، أحدهما أخ للأم ، فحكمهما حكم الأخ من الأبوين والأخ من الأب ، على ما تقدّم عند القاضي ، وجماعة من الأصحاب . وقدّمه في « الرعاية » . وقال المصنف ، والشارح : هما سواء ، ولا مزية للإخوة من الأم ؛ لأنفرادها بالإرث . وزاد قول القاضي . وهو كما قالوا .

قوله : ثم المولى المنعم ، ثم عصباته ، الأقرب فالأقرب . هذا المذهب ، وعليه

(١) غريب الحديث ٤٥٦/٣ ، ٤٥٧ .

وأصل النص : منتهى الأشياء ومبلغ أقصاها . والحقاق ، هو المحاجة ، أن تحاق الأم العصبه فيهن ، فتقول : أنا أحق . ويقولون : نحن أحق .

الشرح الكبير

الأقرب فالأقرب ، ثم السُّلْطَانُ) إذا لم يَكُنْ للمرأة عَصْبَةٌ مِنْ نَسَبِهَا ، فَوَلَّيْهَا مَوْلَاهَا يُزَوِّجُهَا ، ولا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي أَنَّ الْعَصْبَةَ الْمُنَاسِبَةَ أَوْلَى مِنْهُ ؛ وذلك لِأَنَّهُ عَصْبَةُ مَوْلَاتِهِ ، يَرِثُهَا وَيَعْقِلُ عَنْهَا عِنْدَ عَدَمِ عَصَبَاتِهَا ، فكذلك يُزَوِّجُهَا ، وَقَدْ مَّ عَلَيْهِ الْمُنَاسِبُونَ كما [٩٧/٦] قَدَّمُوا عَلَيْهِ فِي الْإِرْثِ وَالْعَقْلِ . فَإِنْ عُدِمَ الْمَوْلَى أَوْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ ، كَالْمَرْأَةِ وَالطِّفْلِ وَالكَافِرِ ، فَعَصْبَاتُهُ الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ فَالْأَقْرَبُ ، عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ ، ثُمَّ مَوْلَى الْمَوْلَى ، ثُمَّ عَصْبَاتُهُ مِنْ بَعْدِهِ ، كَالْمِيرَاثِ سَوَاءً . فَإِنْ اجْتَمَعَ ابْنُ الْمُعْتَقِ وَأَبُوهُ ، فَالابْنُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِالْمِيرَاثِ وَأَقْوَى « فِي التَّعْصِيبِ » ، وَإِنَّمَا قَدَّمَ الْأَبُ الْمُنَاسِبُ عَلَى الْإِبْنِ الْمُنَاسِبِ ؛ لِزِيَادَةِ شَفَقَتِهِ وَفَضِيلَةِ وِلَادَتِهِ ، وَهَذَا مَعْدُومٌ فِي أَبِي الْمُعْتَقِ ، فَرُجِعَ فِيهِ إِلَى الْأَصْلِ . (ثُمَّ السُّلْطَانُ) لَا نَعْلَمُ خِلَافًا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي أَنَّ لِلْسُّلْطَانِ وِلَايَةَ تَزْوِيجِ الْمَرْأَةِ عِنْدَ عَدَمِ

جَاهِئِرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » الإِنْصَافِ وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ أَبُو الْمُعْتَقَةِ عَلَى ابْنِهَا ^(٢) فِي تَزْوِيجِ أُمَّتِهَا وَعَتِيقَتِهَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ^(٢) .

قوله : ثُمَّ السُّلْطَانُ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، مَنْ أَسْلَمَتْ عَلَى يَدِ إِنْسَانٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِتَزْوِيجِهَا مِنَ السُّلْطَانِ .

(١ - ١) فِي م : « بِالتَّعْصِيبِ » .

(٢ - ٢) زِيَادَةُ مِنْ : ١ .

أُولِيَّائِهَا أَوْ عَضَلِهِمْ . وبه يقول مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . والأصل فيه قول النبي ﷺ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ »^(١) . وروى أبو داود^(٢) بإسناده عن أم حبيبة ، أن النَّجَاشِيَّ زَوَّجَهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وكانت عنده . ولأنَّ للسُّلْطَانِ ولايةً عامَّةً ، بدليل أَنَّهُ يَلِي الْمَالَ وَيَحْفَظُ الصُّوَالَ ، فكانت له الولاية في النِّكَاحِ كالأب .

فصل : والسُّلْطَانُ هُنَا هو الإمام ، أو الحاكم ، أو مَنْ فَوْضَا^(٣) إِلَيْهِ ذَلِكَ . وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي وَالِي الْبَلَدِ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : يُزَوِّجُ وَالِي الْبَلَدِ . وَقَالَ فِي الرُّسْتَقِ^(٤) يَكُونُ فِيهِ الْوَالِي وَلَيْسَ فِيهِ قَاضٍ ، قَالَ : يُزَوِّجُ إِذَا اخْتَطَطَ لَهَا فِي الْمَهْرِ وَالْكَفِّ ، أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ ؛ لِأَنَّهُ ذُو سُلْطَانٍ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْحَدِيثِ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، فِي الْمَرَأَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ : فَالسُّلْطَانُ الْمُسَلِّطُ عَلَى الشَّيْءِ^(٥) ؛ الْقَاضِي

فوائد : منها ، السُّلْطَانُ هُنَا ؛ هُوَ الْإِمَامُ أَوْ الْحَاكِمُ ، أَوْ مَنْ فَوْضَ إِلَيْهِ . ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالزَّرْكَشِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ . وَإِذَا اسْتَوَلَى أَهْلُ الْبَغْيِ عَلَى بَلَدٍ ، جَرَى حُكْمُ سُلْطَانِهِمْ وَقَاضِيهِمْ فِي ذَلِكَ مَجْرَى الْإِمَامِ وَقَاضِيهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ،

(١) تقدم تخريجه في ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

(٢) تقدم تخريجه في ٤٤٦/١٣ .

(٣) في الأصل : « فَوْضَا » .

(٤) الرُّسْتَقِ : السَّوَادُ وَالْقُرَى .

(٥) سقط من : م .

الشرح الكبير

يَقْضَى فِي الْفُرُوجِ وَالْحُدُودِ وَالرَّجْمِ ، وَصَاحِبُ الشَّرْطَةِ إِنَّمَا هُوَ مُسَلِّطٌ فِي الْأَدَبِ وَالْجِنَايَةِ^(١) . وَقَالَ : مَا لِلْوَالِي وَذَا ! إِنَّمَا هُوَ إِلَى الْقَاضِي . وَتَأَوَّلَ الْقَاضِي الرَّوَايَةَ الْأُولَى عَلَى أَنَّ الْوَالِيَّ أَذِنَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ جَعَلَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَوْضِعٍ وَلَا بَيْتِهِ قَاضٍ ، فَكَأَنَّهُ قَدْ فَوَّضَ إِلَيْهِ النَّظَرَ فِيمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي وَلَايَتِهِ ، وَهَذَا مِنْهَا .

فصل : إِذَا اسْتَوَلَى أَهْلُ الْبُعْثِ عَلَى بَلَدٍ ، جَرَى حُكْمُ سُلْطَانِهِمْ وَقَاضِيَهُمْ فِي ذَلِكَ مَجْرَى الْإِمَامِ وَقَاضِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أُجْرِيَ مُجْرَاهُ فِي قَبْضِ الصَّدَقَاتِ وَ^(٢) الْجَزِيَةِ وَالْخَرَاجِ ، فَكَذَلِكَ فِي هَذَا .

فصل : وَاخْتَلَفَتْ الرَّوَايَةُ فِي الْمَرْأَةِ تُسَلِّمُ عَلَى يَدِ رَجُلٍ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَا يَكُونُ وَلِيًّا لَهَا ، وَلَا يُزَوَّجُ حَتَّى يَأْتِيَ السُّلْطَانُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ عَصَبَتِهَا ، وَلَا يَعْقِلُ عَنْهَا ، وَلَا يَرِثُهَا ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ . وَقَالَ فِي رَوَايَةٍ حَرْبٍ ، فِي امْرَأَةٍ أَسْلَمَتْ عَلَى يَدِ رَجُلٍ : يُزَوَّجُهَا هُوَ . وَهُوَ قَوْلُ إِسْحَاقَ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ سِيرِينَ أَنَّهُ لَا يَفْعَلُ^(٣) ذَلِكَ حَتَّى يَأْتِيَ السُّلْطَانُ . وَعَنْ الْحَسَنِ أَنَّهُ كَانَ لَا يَرَى بَأْسًا فِي أَنْ يُزَوَّجَهَا نَفْسَهُ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَى أَبُو

وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَمِنْهَا ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يُزَوَّجُ إِلَى الْبَلَدِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَعَنْهُ ، يُزَوَّجُ عِنْدَ عَدَمِ الْقَاضِي . لَكِنِ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى حَمَلَ هَذِهِ الرَّوَايَةَ عَلَى أَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٦١/٩ : « الْجَبَايَةِ » .

(٢) فِي م : « فِي » .

(٣) فِي الْأَصْل : « يَعْقِلُ » .

داود^(١) بإسناده عن تميم الدَّارِيّ ، أَنَّهُ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا السُّنَّةُ فِي الرَّجُلِ يُسَلِّمُ عَلَى يَدِ الرَّجُلِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ؟ قَالَ : « هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ » . إِلَّا أَنَّ هَذَا [٩٧/٦ ط] الْحَدِيثَ ضَعَّفَهُ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : رَوَايَةُ عَبْدِ الْعَزِيزِ^(٢) - يَعْنِي ابْنَ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ - وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْحِفْظِ وَالِاتِّقَانِ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لِلْمَرْأَةِ وَلِيٌّ وَلَا ذُو^(٣) سُلْطَانٍ ، فَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يُزَوَّجُهَا رَجُلٌ عَدْلٌ بِإِذْنِهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي دِهْقَانِ^(٤) قَرِيَةٍ : يُزَوَّجُ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا إِذَا اخْتَاطَ لَهَا فِي الْكُفِّ وَالْمَهْرِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الرُّسْتَاقِ قَاضٍ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : أَخَذَ قَوْمٌ مِنْ أَصْحَابِنَا مِنْ هَذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَقِفُ عَلَى وَلِيٍّ . قَالَ : وَقَالَ الْقَاضِي : نُصُوصُ أَحْمَدَ تَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ .

الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، حَمَلَهَا عَلَى ظَاهِرِهَا . وَمِنْهَا ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ أَيْضًا : إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَرْأَةِ وَلِيٌّ ، فَعَنَهُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ ، لَا بُدَّ مِنَ الْوَلِيِّ مُطْلَقًا . حَتَّى قَالَ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ ، فِي رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ فِي سَفَرٍ لَيْسَ مَعَهَا وَلِيٌّ وَلَا شَهِودٌ : لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَا وَإِنْ خَافَ الزَّنى بِهَا . قُلْتُ : وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ مَعَ خَوْفِ الزَّنى بِهَا . قُلْتُ : وَلَيْسَ بِظَاهِرٍ مَعَ خَوْفِ الزَّنى . وَعَنَهُ ، وَإِلَى الْبَلَدِ أَوْ كَبِيرُهُ يُزَوَّجُ . [١٣/٣ ط] اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالصَّحِيحُ مَا نُقِلَ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَغَيْرِهِ ، يُزَوَّجُهَا

الإِنصاف

(١) تقدم تخريجه في ٩/١٨ .

(٢) في م : « ابن عبد العزيز » .

(٣) في الأصل : « دون » .

(٤) الدهقان : زعيم فلاحى المعجم .

فَأَمَّا الْأَمَةُ ، فَوَلِيَّهَا سَيِّدُهَا ،

فَإِنْ كَانَتْ لِمَرْأَةٍ ، فَوَلِيَّهَا وَلِيُّ سَيِّدَتِهَا ، وَلَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا .

الشرح الكبير

قال شيخنا^(١) : والصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا^(٢) الْقَوْلَ «مُخْتَصٌّ بِحَالِ^(٣) عَدَمِ الْوَلِيِّ وَالسُّلْطَانِ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ لَا يَكُونَ فِي الرُّسْتَاقِ قَاضٍ .^(٤) وَوَجْهُ ذَلِكَ ، أَنَّ اشْتِرَاطَ الْوَلِيِّ هُنَا يَمْنَعُ النِّكَاحَ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَاشْتِرَاطِ الْمُنَاسِبِ فِي حَقِّ مَنْ لَا مُنَاسِبَ لَهَا . وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ النِّكَاحُ إِلَّا بِوَلِيِّ ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ فِيهِ .

٣١٠٨ - مسألة : (وَوَلِيُّ الْأَمَةِ سَيِّدُهَا) إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ وَلَايَةِ التَّزْوِيجِ . لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ مَالِكُهَا ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِي رَقَبَتِهَا بِالْبَيْعِ ، فَفِي التَّزْوِيجِ أَوْلَى ، «وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ» .

٣١٠٩ - مسألة : (فَإِنْ كَانَتْ لِمَرْأَةٍ ، فَوَلِيَّهَا وَلِيُّ سَيِّدَتِهَا ، وَلَا

ذُو السُّلْطَانِ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ ، كَالْعَصْلِ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ ، وَكَلَّتْ . وَعَنْهُ ، ثُمَّ عَذَّلَ . الإِنْصَافُ قَدَّمَهُ فِي «الرَّعَايَةِ» .

تنبيه : قَوْلُهُ : فَأَمَّا الْأَمَةُ ، فَوَلِيَّهَا سَيِّدُهَا . هَذَا بِلَا نِزَاعٍ ، وَلَوْ كَانَ فَاسِقًا أَوْ مُكَاتِبًا . وَتَقَدَّمَ أَنَّ لَسَيِّدِهَا أَنْ يُجْبِرَهَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ مُكَاتِبَةً . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَوْلُهُ : فَإِنْ كَانَتْ لِمَرْأَةٍ ، فَوَلِيَّهَا وَلِيُّ سَيِّدَتِهَا . هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٦٢/٩ .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْ » .

(٣-٣) فِي م : « بِحَالِ » .

(٤-٤) فِي م : « وَوَجْهُ » .

(٥-٥) « وَلَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا » . وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ١٢٩ .

يُزَوِّجُهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي مَنْ يُزَوِّجُ أُمَةَ الْمَرْأَةِ ، فَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يَلِي نِكَاحَهَا وَلِي سَيِّدَتِهَا . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ . اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الدَّلِيلِ كَوْنُ الْوِلَايَةِ لَهَا ، فَاِمْتَنَعَتْ فِي حَقِّهَا لِقُصُورِهَا ، فَتَثَبُّتُ لِأَوْلِيَائِهَا ، كَوِلَايَةِ نَفْسِهَا ، وَلِأَنَّهُمْ يَلُونَهَا لَوْ عَتَقَتْ ، فَفِي حَالِ رِقِّهَا أَوْلَى . فَإِنْ كَانَتْ سَيِّدَتُهَا رَشِيدَةً ، لَمْ يَجُزْ تَزْوِيجُ أُمَّتِهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا ؛ لِأَنَّهَا مَالُهَا ، وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِ رَشِيدٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيُعْتَبَرُ^(١) نُطْقُهَا بِذَلِكَ وَإِنْ «كَانَتْ بِكَرًّا ؛ لِأَنَّ صُمَاتَهَا إِنَّمَا اكْتَفَى بِهِ فِي تَزْوِيجِ نَفْسِهَا لِحَيَاتِهَا ، وَلَا تَسْتَحْيِ مِنْ تَزْوِيجِ غَيْرِهَا ، وَإِنْ^(٢) كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ سَفِيهَةً ، وَلَوْلِيَّيْهَا وَِلَايَةٌ عَلَى مَالِهَا ، فَلَهُ تَزْوِيجُ أُمَّتِهَا إِنْ كَانَ الْحَظُّ فِي تَزْوِيجِهَا ، «وَالَا لَمْ يَمْلِكْ تَزْوِيجُهَا وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي أُمَةِ ابْنِهِ الصَّغِيرِ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : لَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُهَا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ^(٣) فِيهِ تَغْرِيرًا بِمَالِ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهَا رُبَّمَا حَمَلَتْ وَتَلَفَتْ . وَلَنَا ، أَنَّ لَهُ التَّصَرُّفَ بِمَا فِيهِ الْحَظُّ ، وَالتَّزْوِيجُ هُنَا^(٤) فِيهِ الْحَظُّ ؛ لِأَنَّ^(٥) الْكَلَامَ فِيهِ ، فَجَازَ ، كَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ الْجَائِزَةِ ، «وَاحْتِمَالُ الْمُحْظُورِ^(٥) مَرْجُوحٌ بِمَا فِيهِ مِنْ تَحْصِيلِ مَهْرِهَا وَوَلَدِهَا وَكَفَايَةِ

المذهب ، أَنَّ الْمَرْأَةَ لِإِعْبَارَةِهَا فِي النِّكَاحِ . وَتَقَدَّمَ الْخِلَافُ فِي ذَلِكَ قَرِيبًا .

(١) فِي م : « بغير » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٥ - ٥) فِي م : « وَإِمْهَالُ الْحُظْرِ » .

مُؤَنَّتِهَا ، وصيَانَتِهَا عن الزَّنى المُوجِبِ لِلْحَدِّ فِي حَقِّهَا ، وَنَقَصَ قِيَمَتِهَا ،
وَالْمَرْجُوحُ كَالْمَعْدُومِ . فَإِنْ كَانَ وَلِيُّهَا فِي مَالِهَا غَيْرَ وَلِيٍّ تَزْوِجُهَا ، فَوَلَايَةُ
تَزْوِجِهَا لِلْوَلِيِّ فِي الْمَالِ دُونَ وَلِيِّ التَّزْوِيجِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَصَرِّفُ فِي الْمَالِ ، وَهِيَ
مَالٌ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً ثَانِيَةً ، أَنَّ لِلْمَرَأَةِ أَنْ تُؤَلِّيَ أَمْرَ أُمَّتِهَا رَجُلًا
يُزَوِّجُهَا . نَقَلَهَا عَنْ أَحْمَدَ جَمَاعَةً ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْوَلَايَةِ الْمَلِكُ ، وَقَدْ تَحَقَّقَ
فِي الْمَرَأَةِ ، وَامْتَنَعَتِ الْمُبَاشَرَةُ لِنَقْصِ الْأُنُوثِيَّةِ ، فَمَلَكَتِ التَّوَكِيلَ ،
كَالرَّجُلِ الْمَرِيضِ ^(١) وَالْغَائِبِ . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ كَلَامٌ يَحْتَمِلُ رِوَايَةً ثَالِثَةً ،
وَهُوَ أَنَّ «سَيِّدَتَهَا تَزَوَّجُهَا» ^(٢) ، فَإِنَّهُ قِيلَ لَهُ : تَزَوَّجُ أُمَّتِهَا ؟ قَالَ : قَدْ قِيلَ
ذَلِكَ ، هِيَ مَالُهَا . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنَّهُ ذَهَبَ إِلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛
لِأَنَّهَا [٩٨/٦] تَمْلِكُهَا ، وَوَلَايَتُهَا تَامَّةٌ عَلَيْهَا ، فَمَلَكَتْ تَزْوِجَها ،
كَالسَّيِّدِ ، وَلِأَنَّهَا تَمْلِكُ بَيْعَهَا وَإِجَارَتَهَا ، فَمَلَكَتْ تَزْوِجَها ، كَسَيِّدِهَا ،
وَلِأَنَّ الْوَلَايَةَ إِنَّمَا ثَبَّتَتْ عَلَى الْمَرَأَةِ لِتَحْصِيلِ الْكَفَاءَةِ ، صِيَانَةً لِحَظِّ الْأَوْلِيَاءِ
فِي تَحْصِيلِهَا ، فَلَا تَثْبُتُ عَلَيْهَا الْوَلَايَةُ فِي أُمَّتِهَا ؛ لِعَدَمِ اعْتِبَارِ الْكَفَاءَةِ ،
وَعَدَمِ الْحَقِّ لِلأَوْلِيَاءِ فِيهَا ^(٣) . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَحْمَدَ قَالَ هَذَا حِكَايَةً لِمَذْهَبِ ^(٤)
غَيْرِهِ ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي سِيَاقِهَا : أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ تَأْمُرَ زَوْجَهَا ؛ لِأَنَّ النِّسَاءَ لَا
يَعْقِدْنَ . وَقَدْ رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا تُنْكَحُ الْمَرَأَةُ

(١) فِي م : « وَالْمَرِيضُ » .

(٢-٢) فِي النُّسخَتَيْنِ : « سَيِّدَتَا يَزَوِّجُهَا » . وَالمُثَبِّتُ كَمَا فِي الْمَغْنَى ٣٧١/٩ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « كَمَذْهَبِ » .

المرأة»^(١). وقالت عائشة: زَوَّجُوا، فَإِنَّ النِّسَاءَ لَا يُزَوِّجْنَ، وَاغْقِدُوا، فَإِنَّ النِّسَاءَ لَا يَعْقِدْنَ^(٢). ولأنَّ المرأة لَا تَمْلِكُ تَزْوِيجَ نَفْسِهَا، فغيرها أُولَى.

الشرح الكبير

فصل: وَيُزَوِّجُ عَتِيقَتَهَا^(٣) مَنْ يُزَوِّجُ أُمَّتَهَا. ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ. وفيها رَوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، لِمَوْلَاتِهَا أَنْ تُوَكَّلَ رَجُلًا فِي تَزْوِيجِهَا؛ لِأَنَّهَا عَصَبَتُهَا، وَتَرْتِئُهَا، فَأَشْبَهَتْ الْمُعْتِقَ^(٤). والثانية، يُزَوِّجُهَا وَلِيُّ سَيِّدَتِهَا. وهى أَصَحُّ؛ لِأَنَّ هَذِهِ وَلَايَةُ لِنِكَاحِ حُرَّةٍ^(٥)، وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ، فَيَكُونُ إِلَى عَصَبَتِهَا؛ لِأَنَّهُمُ الَّذِينَ يَعْقِلُونَ عَنْهَا، وَيَرْتُونَهَا بِالتَّعْصِيبِ عِنْدَ عَدَمِ سَيِّدَتِهَا، فَكَانُوا أَوْلِيَاءَهَا، كَمَا لَوْ تَعَذَّرَ عَلَى الْمُعْتِقِ تَزْوِيجُ عَتِيقَتِهِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِذَا انْقَرَضَ الْعَصَبَةُ مِنَ النَّسَبِ، وَلِيَ الْمَوْلَى الْمُعْتِقَ^(٦) ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، الْأَقْرَبُ بِالْأَقْرَبِ، كَذَا هُنَا، إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ هُنَا تَقْدِيمُ أَى الْمُعْتِقَةِ عَلَى ابْنِهَا؛ لِأَنَّهُ أُولَى بِتَزْوِيجِهَا، وَقَدْ قَالَ^(٧): يُزَوِّجُ مُعْتَقَتَهَا^(٨) مَنْ يُزَوِّجُ أُمَّتَهَا، وَيُزَوِّجُ أُمَّتَهَا مَنْ

الإنصاف

- (١) أخرجه ابن ماجه، في: باب لانكاح الإبولى، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٠٦/١. والدارقطنى، في: كتاب النكاح. سنن الدارقطنى ٢٢٧/٣، ٢٢٨. والبيهقى، في: السنن الكبرى ١١٠/٧. وانظر الإرواء ٢٤٨/٦، ٢٤٩.
- (٢) أخرجه بنحوه الشافعى في مسنده. ترتيب مسند الشافعى ١٣/٢.
- (٣) في الأصل: «عتيقها».
- (٤) في الأصل: «العتق».
- (٥) سقط من: م.
- (٦) في الأصل: «معقها».

يُزَوِّجُهَا . وقد ذَكَرْنَا أَنَّ ابْنَ الْمُعْتَقَةِ أَوْلَى بِتَزْوِيجِ عَتِيقَتِهَا^(١) مِنْ أَبِيهَا .
وَيُعْتَبَرُ فِي وِلَايَتِهِ^(٢) شَرْطَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَدَمُ الْعَصَبَةِ مِنَ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّ
الْمُنَاسِبَ أَقْرَبُ مِنَ الْمُعْتِقِ وَأَوْلَى مِنْهُ . الثَّانِي ، إِذْنُ الْمُزَوِّجَةِ ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ
وَلَيْسَتْ لَهُ وِلَايَةٌ إِجْبَارٍ ، فَإِنَّهُ أَبْعَدُ الْعَصَبَاتِ . وَلَا (٣) يَفْتَقِرُ إِلَى^(٣) إِذْنِ
مَوْلَاتِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهَا وَلَا مِلْكَ ، فَاشْتَبَهَتْ الْقَرِيبَ الطُّفْلَ إِذَا زَوَّجَ
الْبَعِيدُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِلْأَمَةِ مَوْلَى ، فَهُوَ وَلِيُّهَا ، وَإِنْ كَانَ لَهَا مَوْلِيَانِ ،
اشْتَرَكَا فِي الْوِلَايَةِ ، وَلَيْسَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا الْاِسْتِقْلَالُ بِهَا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ ؛
لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بَعْضَهَا ، وَإِنْ اشْتَجَرَا لَمْ يَكُنْ لِلسُّلْطَانِ وِلَايَةٌ ؛ لِأَنَّ
تَزْوِيجَهَا تَصَرُّفٌ فِي الْمَالِ ، بِخِلَافِ الْحُرَّةِ ؛ فَإِنْ نِكَاحَهَا حَقٌّ لَهَا ، وَنَفْعُهُ
عَائِدٌ إِلَيْهَا ، وَنِكَاحُ الْأَمَةِ حَقٌّ لِسَيِّدِهَا ، نَفْعُهُ عَائِدٌ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْبِ السُّلْطَانُ
عَنْهُ فِيهِ . فَإِنْ أَعْتَقَهَا وَلَهَا عَصَبَةٌ مُنَاسِبٌ ، فَهُوَ أَوْلَى مِنْهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
لَهَا عَصَبَةٌ ، فَهُمَا وَلِيَّاهَا ، وَلَا يَسْتَقِلُّ أَحَدُهُمَا بِالتَّزْوِيجِ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ عَلَى
بَعْضِهَا . فَإِنْ اشْتَجَرَا ، أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَ الْمُتَمَتِّعِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ
حُرَّةً ، وَصَارَ نِكَاحُهَا حَقًّا لَهَا . وَإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ أَوْ الْمُعْتَقَةُ وَاحِدًا ، وَلَهُ
عَصَبَتَانِ ، كَالْأَبْنَيْنِ وَالْأَخَوَيْنِ ، فَلأَحَدِهِمَا الْاِسْتِقْلَالُ بِتَزْوِيجِهَا ، كَمَا
يَمْلِكُ تَزْوِيجَ سَيِّدَتِهَا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَتِيقَهَا » .

(٢) فِي م : « وِلَايَتِهَا » .

(٣-٣) فِي م : « يُعْتَبَرُ » .

المقنع وَيُشْتَرَطُ فِي الْوَلِيِّ الْحُرِّيَّةُ ، وَالذُّكُورِيَّةُ ، وَاتِّفَاقُ الدِّينِ ، وَالْعَقْلُ .

الشرح الكبير

[٩٨/٦ ظ] ٣١١٠ - مسألة : (وَيُشْتَرَطُ فِي الْوَلِيِّ الْحُرِّيَّةُ ، وَالذُّكُورِيَّةُ ، وَاتِّفَاقُ الدِّينِ ، وَالْعَقْلُ) وَجُمَلَتُهُ ، أَنَّهُ يُعْتَبَرُ لثُبُوتِ الْوِلَايَةِ سِتَّةُ شُرُوطٍ ؛ الْعَقْلُ ، وَالْحُرِّيَّةُ ، وَالْإِسْلَامُ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مُسْلِمَةً ، وَالذُّكُورِيَّةُ ، وَالْبُلُوغُ ، وَالْعَدَالَةُ ، عَلَى اخْتِلَافِ نَذْرِهِ . فَأَمَّا الْعَقْلُ ، فَهُوَ شَرْطٌ بَغِيرُ خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ إِنَّمَا تُبَيِّنُ نَظْرًا لِلْمَوْلَى عَلَيْهِ عِنْدَ عَجْزِهِ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ ، وَمَنْ لَا عَقْلَ لَهُ لَا يُمَكِّنُهُ النَّظَرُ ، وَلَا يَلِي نَفْسَهُ ، فَغَيْرُهُ أَوْلَى ، وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مَنْ لَا عَقْلَ لَهُ لَصِغَرِهِ ، أَوْ مَنْ ذَهَبَ عَقْلُهُ بِجُنُونٍ أَوْ كِبَرٍ ، كَالشَّيْخِ إِذَا أَفْنَدَ^(١) . قَالَ الْقَاضِي : وَالشَّيْخُ الَّذِي قَدْ كَبِرَ ، فَلَا يَعْرِفُ مَوْضِعَ الْحَظِّ لَهَا ، لَا وِلَايَةَ لَهُ . فَأَمَّا الْإِعْمَاءُ ، فَلَا يُزِيلُ الْوِلَايَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَزُولُ عَنْ قَرِيبٍ ، فَهُوَ كَالنَّوْمِ ، وَلِذَلِكَ^(٢) لَا تُثَبَّتُ الْوِلَايَةُ عَلَيْهِ ،

الإنصاف

قوله : وَيُشْتَرَطُ فِي الْوَلِيِّ الْحُرِّيَّةُ . هذا المذهب . نص عليه في رواية عبد الله ، وصالح ، وإسحاق بن هانئ . وعليه الأصحاب . وقال في « الانتصار » : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلِيَ عَلَى ابْنَتِهِ . ثُمَّ جَوَّزَهُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَذَكَرَ فِي « عُيُونِ الْمَسَائِلِ » احْتِمَالًا بِالصَّحَّةِ . وَقَالَ فِي « الرُّوضَةِ » : هَلْ لِلْعَبْدِ وِلَايَةٌ عَلَى قَرَاتِهِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَكُونُ وَلِيًّا .

قوله : وَالذُّكُورِيَّةُ . وهو أيضًا مَبْنِيٌّ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ ، هَلْ لَهَا تَزْوِيجُ نَفْسِهَا أَمْ لَا ؟

(١) أفند : ضعف رأيه من الهرم .

(٢) في م : « كذلك » .

وَهَلْ يُشْتَرَطُ بُلُوغُهُ وَعَدَالَتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

وَيَجُوزُ عَلَى الْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ . وَمَنْ كَانَ يُجَنُّ فِي الْأَحْيَانِ ، لَمْ تَزُلْ وَلَايَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدُومُ زَوَالُ عَقْلِهِ ، فَهُوَ كَالْإِغْمَاءِ . الشَّرْطُ الثَّانِي ، الْحُرِّيَّةُ ، فَلَا وَلَايَةَ لِعَبْدٍ فِي قَوْلِ جَمَاعَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فَإِنَّ الْعَبْدَ لَا وَلَايَةَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَعَلِيَ غَيْرِهِ أَوَّلَى . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَجُوزُ أَنْ يُزَوِّجَهَا الْعَبْدُ بِإِذْنِهَا . بِنَاءً مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ تُزَوِّجُ نَفْسَهَا . وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ . الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، الْإِسْلَامُ ، فَلَا يَثْبُتُ لِلْكَافِرِ وَلَايَةٌ عَلَى مُسْلِمَةٍ . وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَامَّةٌ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا . وَفِيهِ وَجْهٌ ، أَنَّ الْكَافِرَ يُزَوِّجُ أُمَّ وَلَدِهِ الْمُسْلِمَةَ . وَسَوْفَ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ أَحْمَدُ : بَلَّغْنَا أَنَّ عَلِيًّا أَجَازَ نِكَاحَ أَخٍ ، وَرَدَّ نِكَاحَ الْأَبِ وَكَانَ نَضْرَانِيًّا . الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، الذُّكُورِيَّةُ ، وَهِيَ شَرْطٌ لِلْوَلَايَةِ فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهَا الْكَمَالُ ، وَالْمَرْأَةُ نَاقِصَةٌ قَاصِرَةٌ ، تَثْبُتُ الْوَلَايَةُ عَلَيْهَا لِقُصُورِهَا عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهَا ، فَلَأَنَّ لَا يَثْبُتُ لَهَا وَلَايَةٌ عَلَى غَيْرِهَا أَوَّلَى . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَلِي تَزْوِيجَ^(١) أُمَّتِهَا وَمُعْتَقَتِهَا^(٢) . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . الشَّرْطُ الْخَامِسُ ، الْبُلُوغُ ، وَهُوَ شَرْطٌ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . قَالَ

وقوله : وَاتَّفَاقُ الدِّينِ . يَأْتِي بَيَانُ ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ قَرِيبًا ، عِنْدَ قَوْلِهِ : الْإِنْصَافُ وَلَا يَلِي كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ ، وَعَكْسُهُ .

قوله : وَهَلْ يُشْتَرَطُ بُلُوغُهُ وَعَدَالَتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . أَمَّا اشْتِرَاؤُ الْبُلُوغِ ، فَأُطْلَقَ

(١) فِي م : « نِكَاح » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مُعْتَقَهَا » .

أحمد : لا يزوّج العُلام حتى يَحْتَلِمَ ، ليس له أمرٌ . وهذا قولُ الثَّوْرِيِّ ،
والشافعيّ ، وإسحاق ، وابنِ المنذر ، وأبي ثورٍ . وروى عن أحمد ، أنه
إذا بَلَغَ عَشْرًا زَوْجَ ، وتَزَوَّجَ ، وطلّقَ ، وأجيزتْ وكالته في الطلاق .
ويَحْتَمِلُهُ كلامُ الخِرَقِيِّ ؛ لتخصيصه المَسْلُوبَ الولايةَ بكونه طفلاً .
ووجهُ ذلك أنه يَصِحُّ بَيَعُهُ وطلاقه ووصيته ، فثبتتْ له الولايةُ كالبالغِ .
والأوّلُ اختيارُ أبي بكرٍ ، وهو الصَّحِيحُ ؛ لأنَّ الولايةَ يُعْتَبَرُ لها كمالُ الحال ؛
لأنّها تُفِيدُ التَّصَرُّفَ في حقِّ غيره ، اعتبرتْ نظراً له ، والصَّيِّ مُوَلَّى
عليه لقُصُورِهِ ، فلا تُثَبِّتُ له الولايةُ ، كالمرأة ، والأصولُ المَقِيسُ عليها
مَمْنُوعَةٌ . السَّادِسُ ، العَدَالَةُ . وفي كَوْنِها شَرْطًا رَوايتان ؛ إحداهما ، هي
شَرْطٌ . قال أحمدُ : إذا كان القاضي مثلَ ابنِ الخَلَنجِيِّ^(١) وابنِ الجَعْدِ^(٢) ،

الإِنصافُ المُصَنَّفُ فيه الخِلافَ ، وأُطلِقَهما في «الهِدَايَةِ» ، و«المُسْتَوْعِبِ» ،
و«الْخُلَاصَةِ» ، و«الْهَادِي» ؛ إحداهما ، يُشْتَرَطُ بُلُوغُهُ . نصٌّ عليه في
روايةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، والأثرَمِ ، وعلى بنِ سَعِيدٍ ، وحَرْبٍ . وهو المذهبُ . قال
المُصَنَّفُ ، والشارِحُ : هذا ظاهرُ المذهبِ . قال في «المَذْهَبِ» : يُشْتَرَطُ بُلُوغُهُ ،
في أصحِّ الرّوايتين . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذه الروايةُ هي المَشْهُورَةُ ، نقلًا واختيارًا .
ويَحْتَمِلُهُ كلامُ الخِرَقِيِّ . قال في «القَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ» : هذا المذهبُ . نصٌّ عليه .
واختارَهُ أبو بَكْرٍ وغيرُهُ . وجزمَ به في «المُحَرَّرِ» ، و«الْوَجِيزِ» ،

(١) في النسختين : «الحلي» وابن الخَلَنجِي هو عبد الله بن محمد بن أبي يزيد الخَلَنجِي ، ولي القضاء أيام المعتصم والواثق ، وكان من المجريين للقول بخلق القرآن المعلنين به ، وعزله المتوكل وأمر بكشفه وفضحه . تاريخ بغداد ٧٣/١٠ ، ٧٤ .

(٢) هو الحسن بن علي بن الجعد بن عبيد الجوهري مولى أم سلمة الخزومية ، تولى قضاء بغداد وسأل عنه أحمد فقال : كان معروفًا عند الناس بأنه جهمي ، ثم بلغني عنه الآن أنه قد رجع عن ذلك . توفي سنة اثنتين وأربعين ومائتين . تاريخ بغداد ٧/٣٦٤ .

اُسْتُقْبَلَ النِّكَاحَ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ [٩٩/٦] أَفْسَدَ النِّكَاحَ لِاتِّفَاءِ عَدَالَةِ الْمُتَوَلَّى لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ وَوَلِيِّ مُرْشِدٍ^(١) . قَالَ أَحْمَدُ : أَصَحُّ شَيْءٍ فِي هَذَا قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ .^(٢) يَعْنِي وَقَدْ رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ^(٣) قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ ، وَإِمَّا امْرَأَةً أَنْكَحَهَا وَلِيُّ مَسْخُوطٌ عَلَيْهِ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ »^(٤) . وَرَوَى الْبَرْقَانِيُّ^(٥) بِإِسْنَادِهِ عَنْ جَابِرٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ ، وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ »^(٦) . وَلِأَنَّهَا وَلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ^(٧) ، فَلَا يَسْتَبِيدُ بِهَا الْفَاسِقُ ، كَوَلَايَةِ الْمَالِ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، لَيْسَتْ شَرْطًا . نَقَلَ مُثْنَى بْنُ جَامِعٍ أَنَّهُ سَأَلَ أَحْمَدَ : إِذَا تَزَوَّجَ بَوَلِيٌّ^(٨) وَشُهودٍ غَيْرِ عَدُولٍ^(٩) ؟ فَلَمْ يَرَأْ أَنَّهُ يَفْسُدُ مِنْ

و « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْكَافِي » : وَهُوَ أَوْلَى . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، لَا يُشْتَرَطُ بُلُوغُهُ . فَعَلَيْهَا ، يَصِحُّ تَزْوِيجُ

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٢٦/٧ .

(٢ - ٣) فِي الْمَغْنَى ٣٦٨/٩ : « وَقَدْ رَوَى - يَعْنِي عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ » .

(٣) أَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ ، فِي : سَنَنِهِ ٢٢١/٣ ، ٢٢٢ . وَبِالْبَيْهَقِيِّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٢٤/٧ ، وَصَحَّحَ وَقْفَهُ . وَانْظُرِ الْإِرْوَاءَ ٢٣٨/٦ - ٢٤٠ .

(٤) أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ وَأَحْمَدُ أَبُو بَكْرٍ الْبَرْقَانِيُّ الشَّافِعِيُّ الْإِمَامُ الْعَلَامَةُ الْفَقِيهَ ، الْحَافِظُ الثَّبِتُ ، شَيْخُ الْفُقَهَاءِ وَالْمُحَدِّثِينَ ، صَاحِبُ التَّصَانِيفِ ، تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ وَعَشْرِينَ وَأَرْبَعِمِائَةٍ . سِيرَ أَعْلَامُ النُّبَلَاءِ ١٧/٤٦٤ - ٤٦٨ .

(٥) عَزَاهُ الْهَيْثَمِيُّ لِلطَّبْرَانِيِّ فِي الْأَوْسَطِ ، وَلَيْسَ فِيهِ : « مُرْشِدٌ » . جَمْعُ الزَّوَائِدِ ٤/٢٨٦ . وَانْظُرِ الْإِرْوَاءَ ٢٤١/٦ .

(٦) فِي م : « نَظَرٌ » .

(٧) بَعْدَهُ فِي الْمَغْنَى ٣٦٩/٩ : « فَاسِقٌ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « عَدْلٌ » .

الشرح الكبير النكاح شيء . وهذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّ ذَكَرَ الطُّفْلَ والعبدَ والكافرَ ، ولم يَذْكُرِ الفَاسِقَ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى حنيفةَ . وأحدُ قولَي الشافعيِّ ؛ لأنَّه يَلِي نِكَاحَ نَفْسِهِ ، فَبَيَّنَتْ لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَى غَيْرِهِ ، كَالْعَدْلِ ، «وَلَأَنَّ سَبَبَ» الْوِلَايَةِ الْقَرَابَةُ ، وَشَرَطُهَا النَّظَرُ ، وَهَذَا قَرِيبٌ نَازِلٌ ، فَيَلِي كَالْعَدْلِ .

الإنصاف

ابن عَشْرٍ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : إِذَا بَلَغَ عَشْرًا ، زَوْجٌ وَتَزْوِجٌ . قَدَّمَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » . وَعَنْهُ ، اثْنَتَا عَشَرَ . وَأَمَّا اشْتِرَاؤُ الْعَدَالَةِ ، فَأُطْلِقَ الْمُصَنِّفُ فِيهَا رِوَايَتَيْنِ ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : يُشْتَرَطُ ، فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . وَصَحَّحَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْأَزْجِيُّ . وَغَيْرُهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ . فَيَصِحُّ تَزْوِيجُ الْفَاسِقِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الطُّفْلَ ، وَالْعَبْدَ ، وَالْكَافِرَ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْفَاسِقَ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يَكْفِي مَسْتَوْرُ الْحَالِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَحَمَلَ صَاحِبُ « التَّصْحِيحِ » كَلَامَ الْمُصَنِّفِ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقِيلَ : تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .

تنبيه : محلُّ الْخِلَافِ فِي اشْتِرَاؤِ الْعَدَالَةِ فِي غَيْرِ السُّلْطَانِ . أَمَّا السُّلْطَانُ ، فَلَا

الشرح الكبير

فصل : ولا يُشترطُ أن يكونَ بصيرًا ؛ لأنَّ شُعْبِيًّا زَوَّجَ ابْنَتَهُ وهو أَعْمَى ^(١) . ولأنَّ الْمُقْصُودَ فِي النِّكَاحِ يُعْرَفُ بِالسَّمَاعِ وَالِاسْتِيفَاضَةِ ، فلا يَفْتَقِرُ إِلَى النَّظَرِ . ولا يُشترطُ التَّنَطُّقُ ، بل يَجُوزُ أَنْ يَلِيَ الْأَخْرَسُ إِذَا فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا تَقُومُ مَقَامَ نَطْقِهِ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ وَالْأَحْكَامِ ، فَكَذَلِكَ النِّكَاحُ .

يُشترطُ فِي تَزْوِيجِهِ الْعَدَالَةُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . الْإِنْصَافِ وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَأَجْرَى أَبُو الْخَطَّابِ الْخِلَافَ فِيهِ أَيْضًا .

فائدتان ؛ إحداهما ، اشترطَ في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمُ الرُّشْدَ فِي الْوَلِيِّ . واشترطَ في « الْوَاضِحِ » كَوْنَهُ عَارِفًا بِالْمَصَالِحِ ، لَا شَيْخًا كَبِيرًا جَاهِلًا بِالْمَصْلَحَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : الرُّشْدُ هُنَا ؛ هُوَ [١٤٤/٣] الْمَعْرِفَةُ بِالْكَفِّ وَمَصَالِحِ النِّكَاحِ ، لَيْسَ هُوَ حِفْظُ الْمَالِ ، فَإِنْ رُشِدَ كُلُّ مَقَامٍ بِحَسَبِهِ . وَاشترطَ فِي « الرُّعَايَةِ » أَنْ لَا يَكُونَ مُفَرِّطًا فِيهَا وَلَا مُقْصِرًا . وَمَعْنَاهُ فِي « الْفُصُولِ » ؛ فَإِنَّهُ جَعَلَ الْعَضْلَ مَانِعًا وَإِنْ لَمْ يَفْسُقْ ، لَعَدَمِ الشَّفَقَةِ ، وَشَرَطَ الْوَلِيَّ الْإِشْفَاقَ . الثَّانِيَةُ ، لَا تَزُولُ الْوِلَايَةُ بِالْإِغْمَاءِ وَالْعَمَى . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، و « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْحِ » فِي الْعَمَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » . قُلْتُ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : تَزُولُ بِذَلِكَ . وَلَا تَزُولُ بِالسَّفَهِ ، بِلَا خِلَافٍ أَعْلَمُهُ . وَإِنْ جُنَّ أَحْيَانًا ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ، أَوْ نَقَصَ عَقْلُهُ بِنَحْوِ مَرَضٍ ، أَوْ أُحْرِمَ ، انْتَهَزَ زَوَالُ ذَلِكَ . نَقَلَ ابْنُ الْحَكَمِ فِي الْمَجْنُونِ . وَلَا يَنْعَزِلُ وَكَيْلَهُمْ بِطَرَيَانِ ذَلِكَ . وَكَذَا إِنْ أُحْرِمَ وَكَيْلٌ ثُمَّ حُلَّ . قَالَه

(١) انظر ما أخرجه الحاكم في : المستدرک ٥٦٨/٢ . وانظر تلخيص الجبير ١٦٢/٣ .

المقنع **فَإِنْ كَانَ الْأَقْرَبُ طِفْلاً أَوْ كَافِراً أَوْ عَبْدًا ، زَوْجَ [٢٠٣ ط] الْأَبْعَدُ .**
وَإِنْ عَضَلَ الْأَقْرَبُ ، زَوْجَ الْأَبْعَدُ . وَعَنْهُ ، يُزَوِّجُ الْحَاكِمُ .

٣١١١ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ الْأَقْرَبُ طِفْلاً أَوْ كَافِراً أَوْ عَبْدًا ، زَوْجَ الْأَبْعَدُ) لَأَنَّ الْوِلَايَةَ لَا تَثْبُتُ لَطِفْلٍ وَلَا عَبْدٍ وَلَا كَافِرٍ عَلَى مُسْلِمَةٍ ، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَكُونُ وُجُودُهُمْ كَعَدَمِهِمْ ، فَتَثْبُتُ الْوِلَايَةُ لِمَنْ هُوَ ^(١) أَبْعَدُ مِنْهُمْ إِذَا كَمَلَتْ فِيهِ الشُّرُوطُ ، كَمَا لَوْ مَاتُوا .

الشرح الكبير

٣١١٢ - مسألة : (وَإِنْ عَضَلَ الْأَقْرَبُ ، زَوْجَ الْأَبْعَدُ . وَعَنْهُ ، يُزَوِّجُ الْحَاكِمُ) الْعَضْلُ مَنَعُ الْمَرَاةِ مِنَ التَّزْوِيجِ بِكُفَّيْهَا إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ ، وَرَغِبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي صَاحِبِهِ ، فَمَتَى وَجِدَ ذَلِكَ انْتَقَلَتِ الْوِلَايَةُ إِلَى الْأَبْعَدِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، تَنْتَقِلُ إِلَى السُّلْطَانِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَذَكَرَ ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، وَشَرِيحٍ . وَبِهِ قَالَ

الإِنصاف في « الفروع » . وقال في « الرِّعَايَةِ » : فَإِنْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ ، أَوْ جُنَّ مُتَفَرِّقًا ، أَوْ نَقَصَ عَقْلُهُ بِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ أُحْرِمَ ، فَهَلِ الْأَبْعَدُ أَوْلَى ، أَوْ الْحَاكِمُ ، أَوْ هُوَ فَيُنْتَظَرُ ، فَيَبْقَى وَكِيلُهُ ؟ يَحْتَمِلُ أَوْجُهًا ^(٢) . وَكَذَا يُخْرَجُ لَوْ تَوَكَّلَ الْمُحِلُّ ثُمَّ أُحْرِمَ ثُمَّ حُلَّ . انْتَهَى .

قوله : وَإِنْ عَضَلَ الْأَقْرَبُ زَوْجَ الْأَبْعَدُ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، يُزَوِّجُ الْحَاكِمُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ .

(١) سقط من : م .

(٢) في ط : « وَجْهًا » .

الشافعي ؛ لقول النبي ﷺ : « فَإِنْ اشْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ »^(١) . ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه ، فقام الحاكم مقامه ، كما لو كان عليه دين فامتنع من قضائه . ولنا ، أنه تعذر تزويج من جهة الأقرب ، فملكه الأبعد ، كما لو جن . ولأنه يفسق بالعضل ، فتنتقل الولاية عنه ، كما لو شرب الخمر . فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم . والحديث حجة لنا ؛ لقوله : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ » . وهذه لها ولي . ويمكن حملها على ما إذا عضل الكل ؛ لأن قوله : « فَإِنْ اشْتَجَرُوا » . ضمير جمع يتناول الكل . والولاية [٩٩/٦] تخالف الدين من وجوه ثلاثة ؛ أحدها ، أنها حق للولي ، والدين عليه . الثاني ، أن الدين لا ينتقل عنه ، والولاية تنتقل عنه لعارض ؛ من جنون الولي وفسقه . الثالث ، أن الدين لا تعتبر في بقائه العدالة ، والولاية تعتبر لها ذلك ، وقد زالت العدالة بما ذكرناه . فإن قيل : لو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه . قلنا : فسقه بامتناعه ، فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية ، وراجع الحق ، فزال فسقه ، فلذلك^(٢) صح تزويجه . وقد روى عن معقل بن يسار ،

فائدة : العضل ؛ منع المرأة التزوج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه ، سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه . قاله الأصحاب . وتقدم ، إذا اختارت كفوا واختار الولي غيره ، أنه يقدم الذي اختارته ، فإن امتنع من تزويجه ، كان عاضلا ، عند قوله : وللسيد تزويج إمائه . وقال الشيخ تقي الدين ، رحمه

(١) تقدم تخريجه في ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

(٢) في م : « فذلك » .

قال : زَوَّجْتُ أُخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ ، فَطَلَّقَهَا ، حَتَّى إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ، فَقُلْتُ لَهُ : زَوَّجْتُكَ ، وَأَفْرَشْتُكَ ، وَأَكْرَمْتُكَ ، فَطَلَّقَهَا ، ثُمَّ جِئْتَ تَخْطُبُهَا ! لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبَدًا ، وَكَانَ رَجُلًا لَا بَأْسَ بِهِ ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ هَذِهِ الْآيَةَ : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ ^(١) . فَقُلْتُ : الْآنَ أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : فَزَوِّجْهَا إِيَّاهُ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٢) .

فصل : وَسَوَاءٌ طَلَبْتَ التَّزْوِيجَ بِمَهْرٍ مِثْلِهَا أَوْ دُونِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَهُمْ ^(٣) مَنَعُهَا مِنَ التَّزْوِيجِ بِدُونِ مَهْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ عَارًا ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى نِسَائِهَا ، لِنَقْصِ مَهْرٍ مِثْلِهِنَّ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَهْرَ خَالِصٌ حَقُّهَا ، وَ ^(٤) عِوَضٌ يَخْتَصُّ بِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُمُ الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهَا فِيهِ ، كَثَمَنَ عَبْدُهَا وَأَجَرَ دَارَهَا ، وَلِأَنَّهَا لَوْ أَسْقَطَتْهُ بَعْدَ وَجُوبِهِ ، سَقَطَ كُلُّهُ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَ : « التَّمَسَّ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ » ^(٥) . وَقَالَ لَامْرَأَةٍ زَوَّجْتَ بَنَعْلَيْنِ : « أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ بَنَعْلَيْنِ ؟ » قَالَتْ : نَعَمْ . فَأَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ . وَقَوْلُهُمْ : فِيهِ عَارٌ عَلَيْهِمْ . لَيْسَ كَذَلِكَ ، فَإِنَّ عَمَرَ قَالَ : لَوْ

الله : مِنْ صُورِ الْعَضْلِ ؛ إِذَا امْتَنَعَ الْخُطَّابُ مِنْ خِطْبَتِهَا لِشِدَّةِ الْوَلِيِّ . الإِنصَافُ

(١) سورة البقرة ٢٣٢ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٥٧ .

(٣) في م : « له » .

(٤) في الأصل : « أو » .

(٥) تقدم تخريجه في ٣٨٠/١٤ .

(٦) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذی ٣٣/٥ .

وابن ماجه ، في : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٨/١ .

وَأِنْ غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً زَوْجَ الْأَبْعَدُ ، وَهِيَ مَا لَا تُقَطَّعُ إِلَّا بِكُلْفَةٍ ^{المقنع} وَمَشَقَّةٍ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : مَا لَا يَصِلُ إِلَيْهِ الْكِتَابُ ، أَوْ يَصِلُ فَلَا يُجِيبُ عَنْهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَا لَا تُقَطَّعُهُ

الشرح الكبير

كَانَ مَكْرُمَةً فِي الدُّنْيَا ، أَوْ تَقَوَّى عِنْدَ اللَّهِ ، كَانَ أَوْلَاكُمْ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ^(١) . يَعْنِي غُلُوَّ الصَّدَاقِ . فَإِنْ رَغِبْتَ فِي رَجُلٍ بَعَيْنَهُ ، وَهُوَ كُفٌّ ، فَأَرَادَ تَزْوِيجَهَا لغيرِهِ مِنْ أَكْفَائِهَا ، وَامْتَنَعَ مِنْ تَزْوِيجِهَا مِنَ الذِّي أَرَادَتْهُ ، كَانَ عَاضِلًا لَهَا . فَإِنْ طَلَبْتَ التَّزْوِيجَ بغيرِ كُفٍّ ، فَلَهُ مَنَعُهَا مِنْهُ ، وَلَا يَكُونُ عَاضِلًا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ زُوِّجَتْ بغيرِ كُفِّهَا كَانَ لَهُ فُسْخُ النِّكَاحِ ، فَلَأَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ ابْتِدَاءً أَوَّلَى .

٣١١٣ - مسألة : (وَإِنْ غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً زَوْجَ الْأَبْعَدُ ، وَهِيَ مَا لَا تُقَطَّعُ إِلَّا بِكُلْفَةٍ وَمَشَقَّةٍ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : مَا لَا يَصِلُ إِلَيْهِ الْكِتَابُ ، أَوْ يَصِلُ فَلَا يُجِيبُ عَنْهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : مَا لَا تُقَطَّعُهُ

قوله : وَإِنْ غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً زَوْجَ الْأَبْعَدُ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . ^{الإنصاف} وعنه ، يُزَوِّجُ الْحَاكِمُ . ذَكَرَهَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي » . وَخَرَّجَهَا أَبُو الْخَطَّابِ مِنْ عَضْلِ الْوَلِيِّ ، وَتَابَعَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » .

= والإمام أحمد ، في : المسند ٤٤٥/٣ . وضعفه في الإرواء ٣٤٦/٦ ، ٣٤٧ .
(١) أخرجه أبو داود ، في : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٥/١ ، ٤٨٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في مهر النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣٦/٥ . والنسائي ، في : باب القسط في الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٦/٦ . والدارمي ، في : باب كم كانت مهر أزواج النبي ﷺ وبناته ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤١/١ ، ٤٨ .

المقنع القافلة في السنة إلا مرة . وعن أحمد ، رحمه الله ، إذا كان الأب بعيد السفر ، زوج الأبعد . فيحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة .

الشرح الكبير القافلة في السنة إلا مرة . وقد قال أحمد : إذا كان الأب بعيد السفر ، زوج الأبعد (قال أبو الخطاب : (فيحتمل أنه أراد) بالسفر البعيد (ما تقصر فيه الصلاة) الكلام في هذه المسألة في ^(١) أمرين ؛ أحدهما ، أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة ، زوج الأبعد دون الحاكم . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يزوجه الحاكم ؛ لأنه تعدد الوصول إلى النكاح من [١٠٠/٦] الأقرب مع بقاء ولايته ، فيقوم الحاكم مقامه ، كما لو عضلها ، ولأن الأبعد محجوب بولاية الأقرب ، فلا يجوز له التزويج ، كما لو كان حاضراً ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل ، صح . ولنا ، قوله عليه الصلاة والسلام : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » ^(٢) .

الإنصاف تنبيه : محل الخلاف ، إذا كانت المرأة حرة . فإما إن كانت أمة ، فإن الحاكم هو الذي يزوجه . قاله القاضي في « التعليق » مدعيًا أنه قياس المذهب . وهو ظاهر كلام الخِرقي ؛ حيث قال : زوجها من هو أبعد منه من عصبتها .

قوله : وهي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة ، في ظاهر كلامه . وهذا المذهب . نص عليه في رواية عبد الله . واختاره المصنف ، والمجدد ، والشارح . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « المحرر » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » . وقال الخِرقي : ما

(١) في م : من .

(٢) في م : لها . والحديث تقدم تخريجه في ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

وهذه لها ولي ، فلا يكون السلطان ولياً لها ، ولأنّ للأقرب تعذر حصول التزويج منه ، فتثبت الولاية لمن يليه من العصباء ، كما لو جنّ أو مات ، ولأنّها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب ، فكان ذلك للأبعد ، كالأصل ، وإذا عَصَلَهَا فهي كَمَسَائِلِنَا .

الفصل الثاني : في العيّنة المنقطة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها .
ففي قول الخرقى : هي ما لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ؛ لأنّ مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية ، فتكون منقطة ، أي تنقطع عن إمكان تزويجها . وقال القاضي : يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردّد القوافل فيه في السنة إلا مرة ؛ لأنّ الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها ، فيلحق الضرر بترك تزويجها . وقد قال أحمد في موضع : إذا كان الأب بعيد السفر ، يزوّج الأبعد^(١) . فيحتمل أنه أراد ما تقصّر فيه^(٢) الصلاة ؛ لأنّ ذلك هو السفر البعيد الذي علقت عليه الأحكام . وذهب^(٣) أبو بكر^(٤) أن حدّها ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة ؛ لأنّ أحمد قال : إذا لم يكن

لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، كمن هو في أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر ونحوهما . قال الزركشي : وهذا يحتمل لبغده . وهو الظاهر . ويحتمل ، وإن كان قريباً ، فيكون في معنى العاضل . وبالجمله فقد أوّمأ الإمام

(١) في م : الأخ .

(٢) في الأصل : إليه .

(٣) في م : ذكر .

(٤) (٤-٤) في م : وجوها أحدها .

وَلِيٌّ حَاضِرٌ مِنْ عَصَبَتِهَا ، كَتَبَ إِلَيْهِمْ حَتَّى يَأْذَنُوا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لَا تُدْرِكُ إِلَّا بِكُلْفَةٍ وَمَشَقَّةٍ ، فَالسُّلْطَانُ وَلِيٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَهَذَا الْقَوْلُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَقْرَبُهَا إِلَى الصَّوَابِ ، فَإِنَّ التَّحْدِيدَاتِ بِأُهَا التَّوْقِيفُ ، وَلَا تَوْقِيفَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، فَتُرَدُّ إِلَى مَا يَتَعَارَفُهُ النَّاسُ بَيْنَهُمْ ، مِمَّا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِالْإِنْتِظَارِ فِيهِ ، وَيَلْحَقُ الْمَرْأَةُ الصَّرْرُ بِمَنْعِهَا مِنَ التَّزْوِيجِ فِي مِثْلِهِ ، فَإِنَّهُ يَتَعَذَّرُ فِي ذَلِكَ الْوُصُولُ إِلَى الْمَصْلَحَةِ مِنْ نَظَرِ الْأَقْرَبِ ، فَيَكُونُ كَالْمَعْدُومِ ، وَالتَّحْدِيدُ بِالْعَامِ كَثِيرٌ ؛ فَإِنَّ الصَّرْرَ يَلْحَقُ بِالْإِنْتِظَارِ فِي مِثْلِ ذَلِكَ ، وَيَذْهَبُ الْخَاطِبُ ، وَمَنْ لَا يَصِلُ مِنْهُ كِتَابٌ أَبْعَدُ ،

أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِلَى هَذَا فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ . انْتَهَى . وَقَالَ الْقَاضِي : مَا لَا تَقْطَعُهُ الْقَافِلَةُ فِي السَّنَةِ لِلْمَرْأَةِ وَاحِدَةً ، كَسَفَرِ الْحِجَازِ . وَتَبِعَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ^(٢) « ابْنُ هُبَيْرَةَ » فِي « الْإِنْصَاحِ » . وَعَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِذَا كَانَ الْأَبُ بَعِيدَ السَّفَرِ ، زَوْجَ الْأَبْعَدُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ هُنَا : فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ مَا تُقْصَرُ فِيهِ الصَّلَاةُ . وَكَذَا قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : وَحَدَّثَنَا أَبُو الْخَطَّابِ بِمَا جَعَلَهُ الشَّرْعُ بَعِيدًا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ ، إِذَا كَانَ الْأَبُ بَعِيدَ السَّفَرِ ، زَوْجَ الْأَخِ . قَالَ الزُّرْكَشِيُّ : وَقِيلَ : يُكْتَفَى بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، اعْتَبَرَ الْبُعْدَ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ ، وَأُطْلِقَ . انْتَهَى . وَقِيلَ : مَا تُسْتَصْرُّ بِهِ الزَّوْجَةُ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقِيلَ : مَا يَفُوتُ بِهِ كُفَاءٌ رَاغِبٌ . قُلْتُ : وَهُوَ قَوِيٌّ أَيْضًا .

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٨٦/٩ .

(٢-٢) زِيَادَةٌ مِنْ : ١ .

وَمَنْ هُوَ عَلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ^(١) لَا تَلْحَقُ الْمَشَقَّةُ بِمُكَاتَبَتِهِ ، فَكَانَ التَّوَسُّطُ أَوْلَى . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ كَقَوْلِ الْقَاضِي ، وَبَعْضُهُمْ قَالَ : مِنَ الرَّئْيِ إِلَى بَغْدَادَ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : مِنَ الرَّقَّةِ إِلَى الْبَصْرَةِ . وَهَذَانِ الْقَوْلَانِ يُشْبِهَانِ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي الْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ^(٢) الَّتِي يُزَوِّجُ فِيهَا الْحَاكِمُ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : مَسَافَةُ الْقَصْرِ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ وَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ قَرِيبًا . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ إِذَا كَانَتِ الْغَيْبَةُ غَيْرَ مُنْقَطِعَةٍ ، أَنَّهُ يُنْتَظَرُ وَيُرَاسَلُ حَتَّى يَقْدَمَ أَوْ يُوكَّلَ .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْقَرِيبُ أَسِيرًا أَوْ مَحْبُوسًا فِي مَسَافَةِ قَرِيبَةٍ ، لَا تُمْكِنُ مُرَاجَعَتُهُ ، فَهُوَ [١٠٠/٦] كَالْبَعِيدِ ، فَإِنَّ^(٣) «الْبَعِيدَ لَا» يُعْتَبَرُ لِعَيْنِهِ ، بَلْ لَتَعْدُرِ الْوُصُولُ إِلَى التَّزْوِيجِ بِنَظَرِهِ ، وَهَذَا مَوْجُودٌ هُنَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ

فائدة : مَنْ تَعَدَّرَتْ مُرَاجَعَتُهُ ؛ كَالْمَأْسُورِ وَالْمَحْبُوسِ ، أَوْ لَمْ يُعْلَمْ مَكَانُهُ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْبَعِيدِ . قَالَ فِي «الْمُعْنَى» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي «الْكَافِي» : إِنْ لَمْ يُعْلَمْ وُجُودُ الْأَقْرَبِ بِالْكُلِّيَّةِ حَتَّى [١٤/٣] زَوْجَ الْأَبْعَدِ ، يُخْرَجُ عَلَى وَجْهَيْنِ مِنْ أَنْعَزَالِ الْوَكِيلِ قَبْلَ عِلْمِهِ . قَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ : وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ تَثَبُّتُ لَهُ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ قَبْلَ الْعَزْلِ ، ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، بِخِلَافِ هَذَا . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ شَرْطَ تَزْوِيجِ

(١) سقط من : م .

(٢) زيادة من : الأصل .

(٣-٣) في م : «البعيد لم» .

المقنع وَلَا يَلِي كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ ، إِلَّا إِذَا أُسْلِمَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، فِي

الشرح الكبير غَائِبًا لَا يُعْلَمُ أَقْرَبُ هُوَ أَمْ بَعِيدٌ ، أَوْ عُلِمَ أَنَّهُ قَرِيبٌ ، وَلَمْ يُعْلَمْ مَكَانُهُ ، فَهُوَ كَالْبَعِيدِ .

٣١١٤ - مسألة : (وَلَا يَلِي كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ ، إِلَّا إِذَا

الإنصاف الْأَبْعَدُ الْعَيْتَةُ الْمَذْكُورَةُ ؛ فَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ أَقْرَبُ هُوَ أَمْ بَعِيدٌ ، لَمْ يُزَوَّجِ الْأَبْعَدُ . وَهُوَ ظَاهِرٌ إِطْلَاقٍ غَيْرِهِ . وَقَالَ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي « الْمُعْنَى » ^(١) : يُزَوَّجُ الْأَبْعَدُ وَالْحَالُ هَذِهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا عُلِمَ أَنَّهُ قَرِيبٌ وَلَكِنْ لَا يُعْلَمُ مَكَانُهُ . وَهُوَ حَسَنٌ ، مَعَ أَنَّ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ لَا يَأْبَاهُ . انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْوَلِيُّ مُجْهُولًا لَا يُعْلَمُ أَنَّهُ عَصَبَةٌ ، ثُمَّ عُرِفَ بَعْدَ الْعَقْدِ . وَكَذَا قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : لَوْ زَوَّجَتْ بِنْتُ الْمُلَاعِنَةِ ثُمَّ اسْتَلْحَقَهَا الْأَبُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » : لَوْ لَمْ يُعْلَمْ وَجُودُ الْأَقْرَبِ حَتَّى زَوَّجَ الْأَبْعَدُ . خَرَّجَهَا فِي « الْكَافِي » عَلَى رِوَايَتِي أَنْعِزَالِ الْوَكِيلِ قَبْلَ عِلْمِهِ بِالْعَزْلِ . وَرَجَّحَ أَبُو الْعَبَّاسِ وَشَيْخُنَا ، يَعْنِي بِهِ ابْنَ رَجَبٍ ، الصَّحَّةَ هُنَا . وَقَدْ يُقَالُ : كَلَامُ صَاحِبِ « الْكَافِي » لَيْسَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الْخِلَافَ إِلَّا فِيمَا إِذَا كَانَ الْأَقْرَبُ فَاسِقًا أَوْ مَجْنُونًا ، وَعَادَتْ وَلَايَتُهُ بِزَوَالِ الْمَانِعِ ، فَزَوَّجَ الْأَبْعَدُ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ بِعَوْدِ وَلَايَةِ الْأَقْرَبِ . وَإِذَا لَمْ يُعْلَمْ الْوَلِيُّ بِالْأَقْرَبِ بِالْكُلِّيَّةِ ، لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهَا . وَقَدْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ النَّسِيبَ الْأَقْرَبَ إِذَا لَمْ يُعْلَمْ ، لَمْ يُنْسَبِ الْأَبْعَدُ إِلَى تَفْرِيطٍ ؛ فَهُوَ غَيْرُ مَقْدُورٍ عَلَى اسْتِغْذَانِهِ ، فَيَسْقُطُ الْاسْتِغْذَانُ بَعْدَ الْعِلْمِ ، فَالْأَبْعَدُ حِينَئِذٍ غَيْرُ مَنْسُوبٍ إِلَى تَفْرِيطٍ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْأَقْرَبُ فِيهِ مَانِعٌ وَزَالَ ، فَإِنَّ الْأَبْعَدَ يُنْسَبُ إِلَى تَفْرِيطٍ إِذَا كَانَ يُمَكِّنُهُ حَالُ الْعَقْدِ ، مَعْرِفَةُ حَالِ الْأَقْرَبِ . انْتَهَى .

قوله : وَلَا يَلِي كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ - يَعْنِي ، لَا يَكُونُ وَلِيًّا لَهَا - إِلَّا إِذَا

الشرح الكبير

أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، فِي وَجْهِ (أَمَّا الْكَافِرُ فَلَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ .
وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وقال ابن
المنذر : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلِّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَذَكَرَ شَيْخُنَا
هَهُنَا أَنَّ فِيهِ وَجْهًا ، أَنَّ الْكَافِرَ يَلِي نِكَاحَ أُمِّ وَلَدِهِ إِذَا أَسْلَمَتْ . وَذَكَرَهُ
أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ، فَيَلِي نِكَاحَهَا كَالْمُسْلِمِ ، وَلَأنَّهُ عَقْدٌ
عَلَيْهَا ، فَيَلِيهِ كَأَجَارَتِهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَلِيهِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ
كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ ^(١) . وَلَأنَّهَا مُسْلِمَةٌ فَلَا يَلِي نِكَاحَهَا

الإنصاف

أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، فِي وَجْهِ . وَهَذَا الْوَجْهُ هُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْإِيضَاحِ » ،
و « الْوَجِيزِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي
« الْإِنْصَافِ » ، وَابْنُ الْبَنَّا فِي « خِصَالِهِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » ؛
فَأنَّهُ قَالَ : وَلَا يَلِي كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ ، غَيْرَ نَحْوِ أُمِّ وَلَدِهِ . وَقِيلَ : لَا يَلِيهِ . اخْتَارَهُ
الْخِرَقِيُّ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ نَصْرِ اللَّهِ فِي « حَوَاشِيهِ » ، وَغَيْرُهُمْ .
وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَرِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

تَنْبِيْهُ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، بَلْ هُوَ كَالصَّرِيحِ فِي ذَلِكَ ، أَنَّ الذَّمَّ لَا يَلِي
نِكَاحَ مُكَاتَبَتِهِ وَمُدَبَّرَتِهِ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ . وَالْخِلَافُ هُنَا كَالْخِلَافِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ ،
ذَكَرَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ
ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَفْظُهُ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، الْفَرْقُ
بَيْنَ أُمِّ الْوَلَدِ وَبَيْنَ الْمُكَاتَبَةِ وَالْمُدَبَّرَةِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْهَدَايَةِ » ،

(١) سورة الأنفال ٧٣ .

المقنع وَلَا يَلِي مُسْلِمٌ نِكَاحَ كَافِرَةٍ ، إِلَّا سَيِّدَ الْأُمَّةِ أَوْ وَلِيَّ سَيِّدَتِهَا أَوْ السُّلْطَانَ .

الشرح الكبير كَاتِبْتِهِ . فعلى هذا ، يُزَوِّجُهَا الْحَاكِمُ . وهذا الوجهُ أَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ الإِجْمَاعِ .

٣١١٥ - مسألة : (وَلَا يَلِي مُسْلِمٌ نِكَاحَ كَافِرَةٍ ، إِلَّا سَيِّدَ الْأُمَّةِ أَوْ وَلِيَّ سَيِّدَتِهَا أَوْ السُّلْطَانَ) ("وذلك") لقولِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ

الإنصاف و « الْمُذْهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . لَكِنْ لَمْ أَرْ قَوْلًا (١) صَرِيحًا بِالْفَرْقِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ أَيْضًا ، أَوْ صَرِيحُهُ ، أَنَّهُ لَا يَلِي نِكَاحَ ابْنَتِهِ الْمُسْلِمَةِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَذَكَرَ ابْنَ عَقِيلٍ فِي وَلايَةِ فَاسِقٍ ، يَلِيهِ عَلَيْهَا . وَذَكَرَهُ ابْنُ رَزِينٍ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . فَعَلِيَ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ يَلِيهِ ، فَهَلْ يُبَاشِرُهُ وَيَعْقِدُهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ يُبَاشِرُهُ مُسْلِمٌ بِإِذْنِهِ ، أَوْ يُبَاشِرُهُ حَاكِمٌ بِإِذْنِهِ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ . وَأَطْلَقَهُنَّ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ؛ إِخْدَاهُنَّ ، يُبَاشِرُهُ بِنَفْسِهِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . صَحَّحَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » . وَقَالَ الْأَزْجِيُّ . وَهُوَ كَالصَّرِيحِ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَالثَّانِي ، يَعْقِدُهُ مُسْلِمٌ بِإِذْنِهِ . وَالثَّالِثُ ، يَعْقِدُهُ الْحَاكِمُ بِإِذْنِهِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَهُوَ أَوْلَى . نَقَلَ حَبْلٌ ، لَا يَعْقِدُ يَهُودِيٌّ وَلَا نَصْرَانِيٌّ عَقْدَ نِكَاحِ مُسْلِمَةٍ . وَقِيلَ : يَعْقِدُهُ الْحَاكِمُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) زيادة من : ١ .

وَيَلِي الذَّمِّي نِكَاحَ مُوَلِّيتِهِ الذَّمِّيَّةِ مِنَ الذَّمِّيِّ . وَهَلْ يَلِيهِ مِنْ مُسْلِمٍ ؟ المقنع

الشرح الكبير

كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴿١﴾ . وَلَأنَّ مُخْتَلَفِي الدِّينِ لَا يَرِثُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، وَلَا يَعْقِلُ عَنْهُ ، فَلَمْ يَلِ عَلَيْهِ ، كَمَا لو كَانَ أَحَدُهُمَا رَقِيقًا . فَأَمَّا سَيِّدُ الْأَمَةِ الْكَافِرَةِ ، فَلَهُ تَزْوِيجُهَا الْكَافِرَ ؛ لَكُونِهَا لَا تَحِلُّ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَكَذَلِكَ وَلِيٌّ ^(١) سَيِّدَةِ ^(٢) الْأَمَةِ الْكَافِرَةِ يَلِي تَزْوِيجَهَا لِكَافِرٍ ^(٣) ؛ لِأَنَّهَا وَلَايَةٌ بِالْمِلْكِ ، فَلَمْ يَمْنَعْهَا كَوْنُ سَيِّدِ الْأَمَةِ الْكَافِرَةِ مُسْلِمًا ، كَسَائِرِ الْوَلَايَاتِ ، وَلَأنَّ هَذِهِ تَحْتَاجُ إِلَى التَّزْوِيجِ ، وَلَا وَلِيَّ لَهَا غَيْرُ سَيِّدِهَا . فَأَمَّا السُّلْطَانُ ، فَلَهُ الْوَلَايَةُ عَلَى مَنْ لَا وَلِيَّ لَهَا مِنْ أَهْلِ الذَّمَّةِ ؛ لِأَنَّ وَلَايَتَهُ عَامَّةٌ عَلَى أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَهَذِهِ مِنْ أَهْلِ الدَّارِ ، فَتَبَيَّنَتْ لَهُ الْوَلَايَةُ عَلَيْهَا ، كَالْمُسْلِمَةِ . وَتَبَيَّنَتْ الْوَلَايَةُ لِلْكَافِرِ عَلَى أَهْلِ دِينِهِ ، عَلَى حَسَبِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمُسْلِمِينَ ، وَتُعْتَبَرُ فِيهِمُ الشُّرُوطُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي الْمُسْلِمِينَ . ^(٤) وَتُعْتَبَرُ عَدَالَتُهُ فِي دِينِهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي اعْتِبَارِهَا فِي الْمُسْلِمِينَ .

٣١١٦ - مسألة : (وَيَلِي الذَّمِّي نِكَاحَ مُوَلِّيتِهِ الذَّمِّيَّةِ مِنَ الذَّمِّيِّ)

لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ (وَهَلْ يَلِيهِ مِنْ

الإنصاف

قوله : وَيَلِي الذَّمِّي نِكَاحَ مُوَلِّيتِهِ الذَّمِّيَّةِ مِنَ الذَّمِّيِّ . هَذَا الْمَذْهَبُ الْمَقْطُوعُ بِهِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ ، وَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ اتِّحَادِ دِينِهِمْ أَوْ تَبَايُنِهِ . وَخَرَّجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ،

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « سيد » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

الشرح الكبير **مُسْلِمٍ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ (أَحَدُهُمَا ، يَلِيهِ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ**
أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهَا ، فَصَحَّ تَزْوِيجُهَا ، كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا كَافِرًا ، وَلِأَنَّهَا
امْرَأَةٌ لَهَا وَلِيٌّ مُنَاسِبٌ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَلِيَهَا غَيْرُهُ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا ذِمِّيٌّ .
وَالثَّانِي ، لَا يُزَوَّجُهَا إِلَّا الْحَاكِمُ . قَالَ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ : لَا يَعْقِدُ
يَهُودِيٌّ وَلَا نَصْرَانِيٌّ عَقْدَ نِكَاحٍ لِمُسْلِمٍ وَلَا مُسْلِمَةٌ . وَوَجْهُهُ أَنَّهُ عَقْدٌ
يَفْتَقِرُ إِلَى شَهَادَةِ مُسْلِمَيْنِ ، فَلَمْ يَصَحَّ بِوَلَايَةِ كَافِرٍ ، كِنِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ .
وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ، « وَالشُّهُودُ يُرَادُونَ » لِإِثْبَاتِ النِّكَاحِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ،
بِخِلَافِ الْوَلَايَةِ .

الإنصاف **رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي جَوَازِ كَوْنِ النَّصْرَانِيِّ يَلِي نِكَاحَ الْيَهُودِيَّةِ أَوْ عَكْسِهِ ، وَجْهَيْنِ مِنْ**
تَوَارُثِهِمَا وَقَبُولِ شَهَادَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْكُفْرَ ، هَلْ هُوَ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ ،
أَوْ مِلَلٌ مُخْتَلِفَةٌ ؟ فِيهِ الْخِلَافُ [١٥/٣] الْمُتَقَدِّمُ فِي بَابِ مِيرَاثِ أَهْلِ الْمِلَلِ .
قَوْلُهُ : وَهَلْ يَلِيهِ مِنْ مُسْلِمٍ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ،
و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلِيهِ . أُعْنِي ، يَكُونُ وَلِيًّا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ
أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ »
وغيرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَلِيهِ . نَصَّ عَلَيْهِ
فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي فِي « التَّلْعِيقِ » ،

وإذا زَوَّجَ الْأَبْعَدُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ لِلأَقْرَبِ ، أَوْ زَوَّجَ أَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَصِحَّ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ .

الشرح الكبير

٣١١٧ - مسألة : (وإذا زَوَّجَ الْأَبْعَدُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ لِلأَقْرَبِ ، أَوْ زَوَّجَ أَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَصِحَّ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِيِّ)

و « الجامع » ، والشَّريْفُ وأبو الخطَّابِ في « خِلافَيْهِمَا » ، والشَّيرَازِيُّ ، بل اختاره القاضي وأصحابه . قاله ناظِمُ « الْمُفْرَدَاتِ » . وقَدَّمَهُ في « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، و « نَظْمِ الْمُفْرَدَاتِ » ، وهو منها . قلتُ : يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا الْمَذْهَبُ ؛ لِلنَّصِّ عَنِ الْإِمَامِ . فعلى المذهبِ ، له أَنْ يُبَاشِرَ التَّزْوِيجَ ، وَيَعْقِدَ النِّكَاحَ بِنَفْسِهِ . على الصَّحِيحِ كما تَقَدَّمَ . صحَّحه في « الْمُعْنَى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الشَّرْحِ » . وهو كالصَّريحِ في كلامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . وجَزَمَ بِهِ في « الْوَجِيزِ » . وقَدَّمَهُ في « الرَّعَايَتَيْنِ » . وقيل : يُبَاشِرُهُ ، وَيَعْقِدُهُ مُسْلِمٌ بِإِذْنِهِ . وقيل : يُبَاشِرُهُ الْحَاكِمُ بِإِذْنِهِ . وأُطْلِقَهُنَّ في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » . وقيل : يَعْقِدُهُ الْحَاكِمُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . كما تَقَدَّمَ في التِّي قَبْلَهَا ، فَإِنَّهُمَا فِي الْحُكْمِ سَوَاءٌ . وعلى الْوَجْهِ الثَّانِي ، لَا يَلِي مَالَهَا ، عَلَى قِيَاسِهِ . قاله القاضي . وقال في « الْإِنْصَافِ » في « الْأَنْتِصَارِ » في شَهَادَتِهِمَا : يَلِي مَالَهَا ، (' عَلَى قِيَاسِهِ ') . وفي « تَعْلِيقِ ابْنِ الْمُنَيِّ » في وِلَايَةِ الْفَاسِقِ : لَا يَلِي عَلَى مَالِهَا كَافِرٌ ، إِلَّا عَذْلٌ فِي دِينِهِ ، وَلَوْ سَلَّمْنَاهُ ؛ فَلَعَلَّا يُودَّيْ إِلَى الْقَذْحِ فِي نَسَبِ نَبِيٍّ أَوْ وَلِيِّ ، وَيَذُلُّ عَلَيْهِ وِلَايَةُ الْمَالِ .

فائدة : يُشْتَرَطُ فِي الذَّمِّيِّ ، إِذَا كَانَ وَلِيًّا ، الشُّرُوطُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي الْمُسْلِمِ .

قوله : وإذا زَوَّجَ الْأَبْعَدُ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ لِلأَقْرَبِ ، أَوْ زَوَّجَ أَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير [١٠١/٦] الكلام في هذه المسألة في فصلين ؛ أحدهما ، أنه إذا زوّجها الأبعد مع حضور الأقرب ، وأجابته إلى تزويجها من غير إذنه ، لم يصح . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : يصح ؛ لأن هذا أولى ، فصَحَّ أن يزوّجها بإذنها كالأقرب . ولنا ، أن هذا مُستَحَقُّ بالتعصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب ، كالْميراث ، وبهذا فارقَ القريبُ البعيد . الفصل الثاني ، أن هذا العقد يقع فاسداً ، لا يقف على الإجازة ، ولا يصير بالإجازة صحيحاً ، وكذلك الحكم إذا زوّج الأجنبي ، أو زوّجت المرأة المُعتبرُ إذنها بغير إذنها ، أو تزوّج العبد بغير إذن سيده ، فالتكاح في هذا كله باطل ، في أصح الروايتين . نصّ عليه أحمد في مواضع . وهذا قول الشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور . وعن أحمد رواية أخرى ، أنه يقف على الإجازة ؛ فإن أجازته ، جاز ، وإن لم يَجِزْه ، فسَد . قال أحمد في صغير زوجه عمه : فإن رضى به في وقت من الأوقات ، جاز ، وإن لم يَرْضَ ، فسَخ . وإذا زوّجت اليتيمة ، فلها الخيار إذا بلغت . وقال : إذا تزوّج^(١) العبد بغير إذن سيده ، ثم علم السيد ، فإن شاء أن يطلق عليه ، فالطلاق بيد السيد ،

الإنصاف هذا المذهب بلا ريب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وصحّحه في « النظم » وغيره . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، وغيرهما . وعنه ، يصح ويقف على إجازة الولي ، ولا نظير للحاكم . على الصحيح من المذهب . وقيل : إن كان الزوج كفواً ، أمر الحاكم الولي بالإجازة ؛ فإن أجازته ، ولأصار عاصلاً ، فيجيزه

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « زوج » .

فَإِنْ أُذِنَ فِي التَّرْوِيجِ فَالطَّلَاقُ بِيَدِ الْعَبْدِ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ يُعْتَبَرُ فِيهَا الْإِذْنُ . وَرُويَ ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ بِغَيْرِ وَلِيٍّ عَنْ عَلِيٍّ ابْنِ أَبِي طَالِبٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، (١) وَعَنْ ابْنِ سِيرِينَ (٢) ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٍ ؛ لِمَا رُويَ أَنَّ جَارِيَةَ بَكْرًا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَذَكَرَتْ لَهُ (٣) أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَهَ (٤) . وَرُويَ أَنَّ فَتَاةً جَاءَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ : إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي مِنْ ابْنِ أَخِيهِ ، لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَهُ (٥) . قَالَ : فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا . فَقَالَتْ : قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي ، وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ أَنَّ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْئًا (٦) . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ يَقِفُ عَلَى الْفُسْخِ ، فَوَقَّفَ عَلَى الْإِجَازَةِ ، كَالْوَصِيَّةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » (٧) . وَقَالَ : « إِذَا نَكَحَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ » .

الْحَاكِمُ . أَجَابَ بِهِ الْمُصَنِّفُ . قَالَ الزُّرَّكَشِيُّ : وَفِيهِ نَظَرٌ . وَاعْلَمْ أَنَّ هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَأَشْبَاهَهُمَا حُكْمُهُمَا يَنْعِي الْفُضُولَى ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ الْبَيْعِ . ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ١٢١ .

(٤) في الأصل : « حسبته » .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٢٣ .

(٦) تقدم تخريجه في ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

رواه أبو داود ، وابن ماجه^(١) . إِلَّا أَنَّ أَبَا دَاوُدَ قَالَ : هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى ابْنِ
عَمَرَ . وَلَأنَّهُ عَقْدٌ لَا تُثَبِّتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ ؛ مِنَ الطَّلَاقِ ، وَالْخُلْعِ ، وَاللَّعَانِ ،
والتَّوَارِثِ ، فَلَمْ يُنْعَقِدْ ، كِنِكَاحِ الْمُعْتَدَّةِ . فَأَمَّا حَدِيثُ الْمَرْأَةِ الَّتِي خَيْرَهَا
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَهُوَ مُرْسَلٌ عَنْ عِكْرِمَةَ ، رَوَاهُ النَّاسُ كَذَلِكَ ، وَلَمْ
يَذْكُرُوا ابْنَ عَبَّاسٍ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ . ثُمَّ يَحْتَمِلُ أَنَّ هَذِهِ الْمَرْأَةَ هِيَ الَّتِي قَالَتْ :
زَوَّجَنِي أُمِّي مِنْ ابْنِ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي^(٢) خَسِيسَتَهُ . فَخَيْرَهَا^(٣) لَتَزَوَّجَهَا مِنْ
غَيْرِ كُفْعِهَا ، وَهَذَا يُثَبِّتُ الْخِيَارَ ، وَلَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، وَالْوَصِيَّةُ يَتَرَاخَى فِيهَا
الْقَبُولُ ، وَتَجُوزُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَهِيَ مَعْدُولٌ بِهَا عَنْ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ . وَلَا
تَفْرِيعَ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَوْضُوحِهَا . فَأَمَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْآخَرَى ، فَإِنَّ
[١٠١/٦ ط] الشَّهَادَةُ تُعْتَبَرُ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهَا شَرْطُهَا ، فَيُعْتَبَرُ وُجُودُهَا مَعَهُ ،
كَالْقَبُولِ ، وَلَا تُعْتَبَرُ فِي الْإِجَازَةِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِعَقْدٍ ، وَلَأنَّهَا إِذَا وَجِدَتْ ،
اسْتَنَدَ الْمَلِكُ إِلَى حَالَةِ الْعَقْدِ ، حَتَّى لَوْ كَانَ فِي الصَّدَاقِ نَمَاءٌ مِلْكٍ مِنْ حِينَ
الْعَقْدِ لَا مِنْ حِينَ الْإِجَازَةِ . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْإِجَازَةِ ، لَمْ يَرِثْهُ
الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ^(٤) مَاتَ قَبْلَ تَمَامِ الْعَقْدِ وَصِحَّتِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ إِنْ
كَانَ مِمَّا لَوْ رَجَعَ إِلَى الْحَاكِمِ أَجَازَهُ ، وَرِثَهُ الْآخَرُ ؛ لِأَنَّهُ^(٥) عَقْدٌ تَلَزَمَهُ

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب نكاح العبد بغير إذن مولاه ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٠/١ .
وابن ماجه ، في : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٣٦٠/١ . كما أخرجه
الدارمي ، في : باب في العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٢/٢ . وانظر
ضعيف سنن أبي داود ٢٠٢ .

(٢) في م : « به » .

(٣) في م : « فخيرها » .

(٤ - ٥) سقط من : م .

إِجَارَتُهُ ، فَهُوَ كَالصَّحِيحِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُجِيزُهُ ، لَمْ يَرِثْهُ .

فصل : ومتى تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا ، أَوِ الْأَمَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، فَقَدْ ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا مِنْ «الصُّوَرِ الَّتِي فِيهَا الرَّوَايَتَانِ»^(١) . قَالَ شَيْخُنَا^(٢) : وَالصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِيهَا ؛ لِتَضَرِيحِ النَّبِيِّ ﷺ فِيهِ بِالْبُطْلَانِ . وَلَأَنَّ الْإِجَارَةَ إِنَّمَا تَكُونُ لِعَقْدٍ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ ، فَأَمَّا مَا لَمْ يَصْدُرْ مِنَ الْأَهْلِ ، كَالَّذِي عَقَدَهُ الْمَجْنُونُ أَوِ الطِّفْلُ ، فَلَمْ يَقِفْ عَلَى الْإِجَارَةِ ، وَهَذَا عَقْدٌ لَمْ يَصْدُرْ مِنْ أَهْلِهِ ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ لَيْسَتْ أَهْلًا لَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ أُذِنَ لَهَا فِيهِ ، لَمْ يَصِحَّ^(٣) مِنْهَا ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ^(٤) مَعَ الْإِذْنِ الْمُقَارِنِ ، فَلَأَنَّ لَا يَصِحُّ بِالْإِجَارَةِ الْمُتَأَخَّرَةِ أَوْلَى . وَلَا تَفْرِيعَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ . فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ ، فَمَتَى تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ^(٥) بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ ، فَرُفِعَ إِلَى الْحَاكِمِ ، لَمْ يَمْلِكْ إِجَارَتَهُ ، وَالْأَمْرُ فِيهِ إِلَى الْوَلِيِّ ، فَمَتَى رَدَّهُ بَطْلٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ وَقَفَ الْحُكْمُ^(٥) عَلَى إِجَارَتِهِ ، بَطَلَ بَرَدُّهُ ، كَالْمَرْأَةِ إِذَا زُوِّجَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ إِذَا كَانَ الزَّوْجُ كُفْتًا ، أَمَرَ الْحَاكِمُ الْوَلِيَّ بِإِجَارَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ

فائدتان ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ تَزَوَّجَ الْأَجْنَبِيُّ لِغَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، قِيلَ : هُوَ كَفُضُولِي ، فِيهِ الْخِلَافُ الْمُتَقَدِّمُ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ هُنَا . قَوْلًا وَاحِدًا ، كَذِمَّتِهِ . قُلْتُ : هِيَ بِمَسْأَلَةِ الْفُضُولِيِّ أَقْرَبُ ، فَتُلْحَقُ بِهَا . وَأُطْلَقَهُمَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ،

(١-١) فِي م : « الرَّوَايَتَيْنِ » .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٣٨١/٩ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ م . وَسَقَطَتِ الْوَاوُ فِي : « وَإِذَا » مِنْ الْأَصْلِ .

(٤) سَقَطَ مِنْ م .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْحَاكِمُ » ، وَفِي م : « بِالْحُكْمِ » . وَانْظُرِ الْمَغْنَى ٣٨١/٩ .

يَفْعَلُ ، أَجَازَهُ الْحَاكِمُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ^(١) اِمْتَنَعَ ^(٢) «مِنَ الْإِجَازَةِ» صَارَ عَاضِلًا ، فَانْتَقَلَتِ الْوِلَايَةُ عَنْهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَمَا ^(٣) فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ . وَمَتَى حَصَلَتِ الْإِصَابَةُ قَبْلَ الْإِجَازَةِ ثُمَّ أُجِيزَ ، فَالْمَهْرُ وَاحِدٌ ؛ إِمَّا الْمُسَمَّى ، وَإِمَّا مَهْرُ الْمِثْلِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى ؛ فَإِنَّ الْإِجَازَةَ مُسْتَنَدَةٌ إِلَى حَالَةِ الْعَقْدِ ، فَيُثْبِتُ الْحِلَّ وَالْمِلْكَ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْبَيْعِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجِبِ الْحَدُّ . وَمَتَى تَزَوَّجَتِ الْأُمَةُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، ثُمَّ خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ إِلَى مَنْ تَحِلُّ لَهُ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ طَرَأَتْ اسْتِبَاحَةٌ صَحِيحَةٌ عَلَى مَوْقُوفَةٍ فَأَبْطَلَتْهَا ؛ لِأَنَّهَا أَقْوَى فَازَالَتْ الْأُضْعَفَ ، كَمَا لَوْ طَرَأَ مِلْكُ الْيَمِينِ عَلَى مِلْكِ النِّكَاحِ . وَإِنْ خَرَجَتْ إِلَى مَنْ لَا ^(٤) تَحِلُّ لَهُ ، كَالْمَرْأَةِ أَوْ اثْنَيْنِ ^(٥) ، فَكَذَلِكَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا وَقَفَ عَلَى إِجَازَةِ شَخْصٍ ، لَمْ يَجْزُ بِإِجَازَةِ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَ أُمَةٌ غَيْرَهُ ثُمَّ بَاعَهَا الْمَالِكُ ، فَأُجَازَ ^(٦) الْمُشْتَرِي الثَّانِي بَيْعَ ^(٧) الْأَجْنَبِيِّ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ بِإِجَازَةِ الْمَالِكِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ابْتِدَاءَ الْعَقْدِ ، فَمَلَكَ إِجَازَتَهُ ، كَالأَوَّلِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَخْرُجَ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ غَيْرِهِ . فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَهَا السَّيِّدُ ، احْتَمَلَ

و « الْفُرُوع » . وَعَلَى كِلَا الطَّرِيقَيْنِ ، لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ ، عَلَى الصَّحِيحِ . الثَّانِيَةُ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « اثْنَيْنِ » .

(٥) في م : « فَأُجَازَهَا » .

(٦) في م : « مَعَ » .

وَوَكِيلٌ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا ، وَوَصِيَّهُ

المقنع

الشرح الكبير

أَنْ يُجُوزَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَقَفَ لِحَقِّ الْوَلِيِّ^(١) ، فَإِذَا أَعْتَقَ سَقَطَ حَقُّهُ ، فَصَحَّ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يُجُوزَ ؛ لِأَنَّ إِبْطَالَ [١٠٢/٦] حَقِّ الْوَلِيِّ لَيْسَ بِإِجَازَةٍ ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى إِنْ بَطَلَ مِنَ الْمَلِكِ ، لَمْ يَنْطُلْ مِنْ وَلايَةِ التَّرْوِيجِ ، فَإِنَّهُ يَلِيهَا بِالْوَلَاءِ .

فصل : وَإِذَا زُوِّجَتْ^(٢) الَّتِي يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، وَقُلْنَا : يَقِفُ عَلَى إِجَازَتِهَا . فَإِجَازَتُهَا بِالنُّطْقِ ، أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ؛ مِنَ التَّمَكِينِ مِنَ الْوَطْءِ وَالْمُطَالَبَةِ بِالْمَهْرِ وَ^(٣) النَّفَقَةِ . وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ ؛ لِأَنَّ أَدِلَّةَ الرِّضَا تَقُومُ مَقَامَ النُّطْقِ بِهِ ، وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِبَرِيرَةَ : « إِنْ وَطِئَكَ زَوْجُكَ ، فَلَا خِيَارَ لَكَ »^(٤) . جَعَلَ تَمَكِينَهَا دَلِيلًا عَلَى إِسْقَاطِ حَقِّهَا ، وَالْمُطَالَبَةِ بِالْمَهْرِ وَ^(٣) النَّفَقَةِ وَالتَّمَكِينُ مِنَ الْوَطْءِ دَلِيلٌ عَلَى الرِّضَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ خَصَائِصِ الْعَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَوْجُودُهُ مِنَ الْمَرَأَةِ دَلِيلُ رِضَاهَا بِهِ .

٣١١٨ - مسألة : (وَوَكِيلٌ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَإِنْ

لَوْ زَوَّجَ الْوَلِيُّ مُوَلِّيَّتَهُ الَّتِي يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَهُوَ كَتَزْوِيجِ الْأَجْنَبِيِّ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ . قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » وَغَيْرِهِ .

قوله : وَوَكِيلٌ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا . الصَّحِيحُ

(١) فِي م : « الْوَلِيُّ » .

(٢) فِي م : « تَزَوَّجَتْ » .

(٣) فِي م : « أَوْ » .

(٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ٣١٨/١١ وَلَيْسَ صَحِيحًا ، فَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ حَتَّى مَتَى يَكُونُ لَهَا الْخِيَارُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٥١٨/١ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَهْرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِقُطْنِيُّ =

كان حاضراً ، ووصيه في النكاح بمنزله (يجوز التوكيل في النكاح ، سواء كان الولي حاضراً أو غائباً ، مجبراً أو غير مجبر ؛ لأنه روى أن النبي ﷺ وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة ، وكل عمرو بن أمية الضمري في تزويجه أم حبيبة^(١) . ولأنه عقد معاوضة ، فجاز التوكيل^(٢) فيه كالبيع^(٣) . ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجدة وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز ؛ لأنه يلي بالإذن ، فلم يجز له التوكيل ، كالوكيل . ولنا ، أنه يلي شرعاً ، فكان له التوكيل كالأب ، ولا يصح قولهم : إنه يلي بالإذن . فإن ولايته ثابتة قبل إذنها ، وإنما إذنها^(٤) شرط لصحة تصرفه ، فأشبه ولاية الحاكم عليها ، ولا خلاف في أن للحاكم أن يستتبع في التزويج من غير إذن المرأة ، ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها ، فكيف تثبت لنايبها^(٥) من قبلها !

من المذهب جواز الوكالة في النكاح ، وجواز توكيل الولي ؛ سواء كان مجبراً أو غير مجبر ، أباً كان أو غيره ، بإذن الزوجة وبغير إذنها . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الكافي » ، ونصره . وقدمه في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » في هذا الباب . وقدمه في « المحرر » في باب الوكالة ، و « النظم » ،

= ٢٩٤/٣ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٢٢٥/٧ . والتخريج المتقدم يأتي في حديث آخر في صفحة ٢٥١ .

(١) تقدم تخريج حديث أبي رافع في ٣٢٦/٨ ، وحديث عمرو بن أمية في ٤٣٦/١٣ .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « إذنه » .

(٤) في م : « الإنابة » .

فصل : وَيَجُوزُ التَّوَكُّلُ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ، فَالْمُقَيَّدُ التَّوَكُّلُ فِي تَزْوِيجِ رَجُلٍ بَعِيْنِهِ ، وَالْمُطْلَقُ التَّوَكُّلُ فِي تَزْوِيجِ مَنْ يَرْضَاهُ أَوْ مَنْ شَاءَ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ ، فِي الرَّجُلِ يُؤَلَّى عَلَى أُخْتِهِ أَوْ^(١) ابْنَتِهِ ، يَقُولُ : إِذَا وَجَدْتَ مَنْ تَرْضَاهُ^(٢) فزَوِّجْهُ . فَتَزْوِيجُهُ جَائِزٌ . وَمَنْعَ بَعْضُ الشَّافِعِيَةِ التَّوَكُّلَ الْمُطْلَقَ . وَلَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْعَرَبِ تَرَكَ ابْنَتَهُ عِنْدَ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ إِذَا وَجَدْتَ لَهَا كُفْتًا فزَوِّجْهُ ، وَلَوْ بِشِرَاكِ نَعْلِهِ . فزَوَّجَهَا عَمْرُ^(٣) عَثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ ،^(٤) فَهِيَ أُمُّ عَمْرِو بْنِ عَثْمَانَ^(٥) . وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فَلَمْ يُنْكَرْ . وَلَأنَّهُ إِذْنٌ فِي النِّكَاحِ ، فَجَازَ مُطْلَقًا ، كَإِذْنِ الْمَرْأَةِ ، أَوْ عَقْدًا ،

و « الْفَائِقِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا اخْتِيَارُ الشَّيْخَيْنِ وَغَيْرِهِمَا . وَقِيلَ : لَا يُؤَكَّلُ غَيْرَ مُجْبِرٍ بِلَا إِذْنِهَا إِلَّا الْحَاكِمُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » فِي بَابِ الْوَكَّالَةِ ، فَتَنَاقَضَ . وَخَرَجَ الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » هَذِهِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي تَوْكُّلِ الْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمُؤَكَّلِ ، وَقَالَا : مَنْ لَا يَجُوزُ لَهُ الْإِجْبَارُ ، يَكُونُ كَالْوَكِيلِ فِي التَّوَكُّلِ . وَرَدَّهُ الْمُصَنِّفُ . وَالشَّارِحُ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : لَوْ مَنَعَتِ الْوَلِيَّ مِنَ التَّوَكُّلِ ، اِمْتَنَعَ . وَرَدَّهُ الْمُصَنِّفُ أَيْضًا وَغَيْرُهُ . وَقِيلَ : لَا يُؤَكَّلُ مُجْبِرٌ أَيْضًا بِلَا إِذْنِهَا ، إِنْ كَانَ لَهَا إِذْنٌ مُعْتَبَرَةٌ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » .

فوائد : الْأَوَّلَى ، يَجُوزُ التَّوَكُّلُ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ؛ فَالْمُطْلَقُ مِثْلُ أَنْ يُؤَكَّلَهُ فِي

(١) فِي م : « وَ » .

(٢) فِي م : « أَرْضَاهُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٤ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) ذَكَرَ ابْنُ حَجَرٍ فِي تَرْجُمَةِ أُمِّ أَبَانَ بِنْتِ جَنْدَبِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الزُّبَيْرِ ذَكَرَ لَهَا قِصَّةَ فِي تَزْوِيجِ عَمْرِو بْنِ أَبِيهَا عَثْمَانَ =

فجَازَ التَّوَكُّيلُ فِيهِ مُطْلَقًا كَالْبَيْعِ ^(١).

الشرح الكبير

فصل : وَلَا يُعْتَبَرُ فِي صِحَّةِ ^(٢) الْوَكَالَةِ إِذْنُ الْمَرْأَةِ فِي التَّوَكُّيلِ ، سَوَاءٌ كَانَ الْمُوَكَّلُ أَبًا أَوْ غَيْرَهُ . وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى حُضُورِ ^(٣) شَاهِدَيْنِ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : لَا يَجُوزُ لغيرِ الْمُجْبِرِ التَّوَكُّيلُ إِلَّا بِإِذْنِ الْمَرْأَةِ . وَخَرَّجَهُ الْقَاضِي عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ فِي تَوَكُّيلِ الْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمُوَكَّلِ . وَحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لِحَلِّ الْوَطْءِ ، فَافْتَقَرَ إِلَى الشَّهَادَةِ ، كَالنِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذْنٌ مِنَ الْوَلِيِّ فِي التَّزْوِيجِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى إِذْنِ الْمَرْأَةِ وَلَا إِشْهَادٍ ، كإِذْنِ الْحَاكِمِ . وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْوَلِيَّ لَيْسَ بِوَكِيلِ الْمَرْأَةِ ، وَلَوْ كَانَ [١٠٢/٦ ط] وَكَيْلَهَا لَتَمَكَّنَتْ مِنْ عَزْلِهِ ، وَهَذَا التَّوَكُّيلُ لَا يُمْلِكُ بِهِ الْبُضْعُ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى إِشْهَادٍ ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ . وَيُطْلَمُ مَا ذَكَرَهُ الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ بِالتَّوَكُّيلِ فِي شِرَاءِ الْإِمَاءِ لِلتَّسْرِيِّ .

الإِنصاف

تَزْوِيجٍ مَنْ يَرْضَاهُ ، أَوْ مَنْ يَشَاءُ ، وَغَوْهُمَا . وَالْمُقَيَّدُ [١٥/٣ ط] مِثْلُ أَنْ يُوَكَّلَهُ فِي تَزْوِيجِ رَجُلٍ بَعَيْنِهِ وَنَحْوِهِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » ،

= ابن عفان . الإصابة ١٧٤/٨ . وَذَكَرَ ابْنُ سَعْدٍ أَنَّهَا أَمَّ عَمْرُو بْنُ جَنْدَبٍ بْنُ عَمْرٍو . الطَّبَقَاتُ الْكُبْرَى ١٥١/٥ . وَكَذَا الطَّبْرِيُّ فِي تَارِيخِهِ ٤٢٠/٤ .

(١) فِي م : « كَالْبَيْعِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « حُصُولِ » .

فصل : وَيُثْبِتُ لِلْوَكِيلِ مَا يَثْبُتُ لِلْمُوَكَّلِ ، فَإِنْ كَانَ لِلْوَلِيِّ^(١)
الإجبارُ ، ثَبَتَ ذَلِكَ لَوَكِيلِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ وِلَايَتُهُ وِلَايَةً مُرَاجَعَةً ، اِحْتِجَاجُ
الْوَكِيلِ إِلَى مُرَاجَعَةِ الْمُرَاقِبَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ فَيُثْبِتُ لَهُ مِثْلُ مَا يَثْبُتُ لِلْمُنُوبِ عَنْهُ .

و « الفروع » . وَقِيلَ : يُعْتَبَرُ التَّعْيِينُ لغيرِ الْمُجْبِرِ . وَقِيلَ : يُعْتَبَرُ التَّعْيِينُ لِلْمُجْبِرِ
وغيرِهِ . الثَّانِيَةُ ، مَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ حَمْدَانَ ، وَغَيْرُهُمْ ؛ أَنَّهُ يَثْبُتُ
لِلْوَكِيلِ مِثْلُ مَا يَثْبُتُ لِلْمُوَكَّلِ ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ الْإِجْبَارُ ، ثَبَتَ لَوَكِيلِهِ . وَإِنْ كَانَتْ
وِلَايَتُهُ وِلَايَةً مُرَاجَعَةً ، اِحْتِجَاجُ الْوَكِيلِ إِلَى إِذْنِهَا وَمُرَاجَعَتِهَا فِي زَوَاجِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ
عَنْهُ ، فَيُثْبِتُ لَهُ مِثْلُ مَا يَثْبُتُ لِمَنْ يُنُوبُ عَنْهُ . وَكَذَا الْحُكْمُ فِي السُّلْطَانِ وَالْحَاكِمِ
يَأْذُنُ لغيرِهِ فِي التَّزْوِيجِ ، فَيَكُونُ الْمَأْذُونُ لَهُ قَائِمًا بِمَقَامِهِ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ وَالشَّارِحُ ،
فِي بَابِ الْوَكَالَةِ : وَالَّذِي يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا فِيهِ لِلْوَكِيلِ هُوَ غَيْرُ مَا يُوَكَّلُ فِيهِ الْمُوَكَّلُ ؛
بَدَلِيلِ أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَسْتَعْنِي عَنْ إِذْنِهَا فِي التَّزْوِيجِ ، فَهُوَ كَالْمُوَكَّلِ فِي ذَلِكَ . وَتَقَدَّمَ
التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ فِي بَابِ الْوَكَالَةِ . الثَّالِثَةُ ، يُشْتَرَطُ فِي وَكِيلِ الْوَلِيِّ مَا يُشْتَرَطُ فِي
الْوَلِيِّ نَفْسِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ^(٢) فَاسِقًا
وَنَحْوَهُ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ تَوَكُّلُ فَاسِقٍ وَعَبْدٍ وَصَبِيٍّ مُمَيَّزٍ .
وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وَكِيلِ الزَّوْجِ عَدَالَتُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . اخْتَارَهُ أَبُو
الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ،
و « الشَّرْحِ » ، وَقَالَا : هُوَ أَوْلَى ، وَهُوَ الْقِيَاسُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ طَائِفَةٍ مِنَ
الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وَقِيلَ : تُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي .
وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » . قَالَ فِي « التَّلْخِصِ » :

(١) فِي م : « لِلْمَوْلَى » .

(٢) فِي ط : « الْوَلِي » .

وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يَأْذَنُ لغيره في التزويج ، فيكون المأذون له قائماً مقامه .

اختاره أصحابنا ، إلا ابن عَقِيل . وأطلقهما في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوئين » ، و « الفروع » ، و « الفائق » . وقد تقدم ذلك في أوائل باب الوكالة . الرابعة ، يتقيد الولي ووكيله المطلق بالكف إن اشترطت الكفاءة . ذكره في « الترغيب » . الخامسة ، ليس للوكيل المطلق أن يتزوجها لنفسه ، فإن فعل ، فهو كتزويج الفضولي ، على ما تقدم . قال في « القاعدة السبعين » : ليس له ذلك على المعروف من المذهب . وحكى ابن أبي موسى ، أنه إن أذن له الولي في التوكيل ، فوكل غيره فزوجه ، صح . وكذا إن لم يأذن له ، وقلنا : للوكيل أن يوكل مطلقاً . وأما من ولايته بالشرع ؛ كالولي والحاكم وأمينه ، فله أن يزوجه نفسه ، ولو قلنا : ليس لهم أن يشتروا من المال . ذكره القاضي في « خلافه » ، وألحق الوصي بذلك . قال في « القواعد الفقهية » ، و « الأصولية » : وفيه نظر ؛ فإن الوصي يشبه الوكيل لتصرفه بالإذن . قال : وسواء في ذلك التيممة وغيرها . صرح به القاضي في ذلك ، وذلك حيث يكون لها إذن معتبر . انتهى . ويجوز تزويج الوكيل لولده . السادسة ، يعتبر أن يقول الولي ، أو وكيله لوكيل الزوج : زوجت فلانة لفلان . أو : زوجت موكلك فلانة فلانة . ولا يقول : زوجتها منك . ويقول الولي : قبلت تزويجها . أو : نكاحها لفلان . فإن لم يقل : لفلان . فوجهان في « الترغيب » ، وتابعه في « الفروع » . وقال في « الرعاية » : إن قال : قبلت هذا النكاح . ونوى أنه قبله لموكله ولم يذكره ، صح . قلت : يحتمل ضده ، بخلاف البيع . انتهى . وتقدم ذلك أيضاً في أوائل باب الوكالة .

قوله : ووصيه في النكاح بمنزلة . فستفاد ولاية النكاح بالوصية إذا نص على

وَعَنْهُ ، لَا تُسْتَفَادُ وَلَايَةُ [٢٠٤] النِّكَاحِ بِالْوَصِيَّةِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ عَصَبَةٌ .

الشرح الكبير

فصل : واختلفت الرواية عن أحمد ، هل تُسْتَفَادُ وَلَايَةُ النِّكَاحِ بِالْوَصِيَّةِ ؟ فَرَوَى أَنَّهَا تُسْتَفَادُ بِهَا . اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَحَمَّادِ بْنِ أَيْ سَلِيمَانَ ، وَمَالِكٍ . (و) رَوَى (عَنْهُ) ، لَا تُسْتَفَادُ بِالْوَصِيَّةِ (وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْحَارِثُ الْعُكْلِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهَا وَلَايَةٌ تَنْتَقِلُ إِلَى غَيْرِهِ شَرْعًا ، فَلَمْ يَجْزْ^(١) أَنْ يُوصَى بِهَا ، كَالْحَضَانَةِ ، وَلَئِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الْوَصِيِّ فِي تَضْيِيعِهَا وَوَضْعِهَا عِنْدَ مَنْ لَا يُكَافِئُهَا ، فَلَا تُثَبِّتُ لَهُ الْوَلَايَةُ كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَلِأَنَّهَا وَلَايَةُ نِكَاحٍ ، فَلَمْ تَجْزِ الْوَصِيَّةُ بِهَا ، كَوَلَايَةِ الْحَاكِمِ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ لَهَا عَصَبَةٌ ، لَمْ تَجْزِ الْوَصِيَّةُ بِنِكَاحِهَا ؛ لِأَنَّهُ

الإِنصاف

التَّزْوِيجُ ، كَالْأَبِ . صَرَّحَ بِهِ فِي « الْكَافِي » وَغَيْرِهِ . وَيُجْبَرُ مَنْ يُجْبَرُهُ الْمُوصِي . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْخِرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي ، وَابْنُ أَبِي الْحُسَيْنِ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَ« الزَّرْكَشِيِّ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ فِيهِمَا . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ أَنْ يُجْبَرَ ، فَلَا يُزَوِّجُ مَنْ لَا إِذْنَ لَهَا . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، لَا تُسْتَفَادُ وَلَايَةُ النِّكَاحِ بِالْوَصِيَّةِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ ، كَالْحَضَانَةِ . قَالَ فِي

(١) سقط من : الأصل .

يُسْقِطُ حَقَّهُمْ بِوَصِيَّتِهِ ، وإن لم يَكُنْ عَصَبَةً ، جازَ لَعَدَمِ ذَلِكَ . ولنا ، أنها ولايةٌ ثابتةٌ^(١) للأب ، فجازَتْ وصيَّتُهُ بها ، كولايةِ المالِ ، وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بولايةِ المالِ ، ولأنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَسْتَنْيِبَ فِيهَا فِي حَيَاتِهِ ، فيكونُ نائِبُهُ قائِماً مقامَهُ ، فجازَ أَنْ يَسْتَنْيِبَ فِيهَا بَعْدَ مَوْتِهِ ، كولايةِ المالِ . فعلى هذا ، تَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِالنِّكَاحِ مِنْ كُلِّ ذِي وِلَايَةٍ ، سواءَ كانَ مُجْبِراً كالأب ، أو غيرَ مُجْبِرٍ كالآخر ، ووصى كُلُّ وَلِيٍّ يَقُومُ مَقَامَهُ ، فإن كانَ الوَلِيُّ لَهُ الإِجْبَارُ ، فكذلكَ لوصيِّهِ . وإن كانَ يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِهَا فوصيُّهُ كذلك ؛ لأنَّهُ قائِماً مقامَهُ ، فهو كالوَكِيلِ . وقال مالِكٌ : إن عَيَّنَ الأبُ الزَّوْجَ ، مَلَكٌ^(٢) إِجْبَاراً ، صَغِيرَةً كانت أو كَبِيرَةً ، وإن لم يُعَيِّنِ الزَّوْجَ ، وكانت بِنْتُهُ كَبِيرَةً ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، واعتُبرَ إِذْنُهَا ، وإن كانت صَغِيرَةً ، انتَظَرْنَا بُلُوغَهَا ، فإذا أَذِنَتْ ، جازَ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِإِذْنِهَا . ولنا ، أَنَّ مَنْ مَلَكَ التَّزْوِيجَ إِذَا عَيَّنَ لَهُ الزَّوْجَ ، مَلَكَ مع الإِطْلَاقِ ، كالوَكِيلِ ، ومتى زَوَّجَ وصيُّ الأبِ الصَّغِيرَةَ فبَلَّغَتْ ، فلا خِيَارَ لَهَا ؛ لأنَّ الوَصِيَّ قائِماً مقامَ المُوصِي ، فلم يَثْبُتْ فِي تَزْوِيجِهِ خِيَارٌ ، كالوَكِيلِ .

« الْمُغْنَى » ، و « الْكَافِي » . ومالَ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ فِي « حَوَاشِي الْفُرُوعِ » إِلَى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ بِالحَضَانَةِ ، وَأَخَذَهُ^(٣) مِنْ تَغْلِيلِ الْمُصَنِّفِ أَيْضًا . وعنه ، لا تُسْتَفَادُ بِالْوَصِيَّةِ إِذَا كَانَ لِلْمُوصِي عَصَبَةٌ . حَكَاهَا الْقَاضِي [١٦/٣] فِي « الْجَامِعِ » .

(١) سقط من : م .

(٢) أى الوصى . وانظر المغنى ٣٦٦/٩ .

(٣) فى ط ، ا : « وأخذ » .

فصل : وَمَنْ لَمْ تَثَبْتُ لَهُ الْوِلَايَةَ ، لَا يَصِحُّ تَوَكُّلُهُ ؛ لِأَنَّ وَكَيْلَهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ ، فَإِنْ وَكَّلَهُ الْوَلِيُّ^(١) فِي تَزْوِيجِ مُوَلَّيَّتِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْلِكْ تَزْوِيجَ مُنَاسِبَتِهِ بِوِلَايَةِ النَّسَبِ ، فَلَا أَنْ لَا يَمْلِكْ تَزْوِيجَ^(٢) مُنَاسِبَةِ غَيْرِهِ بِالتَّوَكُّلِ أَوْلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ تَوَكُّلُ الْعَبْدِ وَالْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ اللَّفْظِ بِهِ ، وَعِبَارَاتُهُمْ فِيهِ صَحِيحَةٌ ، وَلِذَلِكَ صَحَّ^(٣) قَبُولُهُمُ النِّكَاحَ لِأَنفُسِهِمْ ، وَإِنَّمَا سَلِبُوا [١٠٣/٦] الْوِلَايَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ لَهَا الْكَمَالُ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ فِي اللَّفْظِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ الزَّوْجُ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ ، صَحَّ ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَكَّلَهُ الْأَبُ فِي قَبُولِ النِّكَاحِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ قَبُولُهُمْ لِأَنفُسِهِمْ ، فَجَازَ أَنْ

الْكَبِيرِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَتَقَدَّمَ التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ فِي أَثْنَاءِ بَابِ الْمُوصَى إِلَيْهِ . الْإِنْصَافُ
فَالِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هَلْ يُسَوِّغُ لِلْمُوصَى الْوَصِيَّةَ بِهِ ، أَوْ يُوَكِّلُ فِيهِ ؟ قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : فِيهِ الرَّوَايَتَانِ الْمُتَقَدِّمَتَانِ . وَقَالَ فِي « النَّوَادِرِ » : ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ جَوَازُهُ . وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْمُوصَى إِلَيْهِ^(٤) ، هَلْ لِلْمُوصَى أَنْ يُوصِيَ أُمًّا لَا ؟ وَفِي بَابِ الْوَكَالَةِ^(٥) ، هَلْ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ أُمًّا لَا ؟ الثَّانِيَةُ ، حُكْمُ تَزْوِيجِ صَبِيِّ صَغِيرٍ بِالْوَصِيَّةِ حُكْمُ تَزْوِيجِ الْأُنْثَى بِهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « النَّوَادِرِ » . وَقَالَ فِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَوْلَى » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) انْظُرْ ٤٨٣/١٧ .

(٥) انْظُرْ ٤٤٩/١٣ .

المقنع وإذا استوى الأولياء في الدرجة ، صحّ التزويج من كل واحد

الشرح الكبير ينوبوا فيه عن غيرهم ، كالبيع . وقال بعض أصحابنا : لا يصح ؛ لأنه أحد طرفي العقد ، أشبه الإيجاب . والأول أولى .

٣١١٩ - مسألة : (وإذا استوى الأولياء في الدرجة) كالإخوة

الإنصاف « المعنى » ، و « الشرح » ، وغيرهما . أغنى ، إذا وصى إليه أن يزوجه ، هل له أن يجبره ؟ قال الخرقي : ومن زوج غلاماً غير بالغ^(١) ، أو معتوها^(٢) ، لم يجز إلا أن يزوجه والده ، أو وصى ناظر له في التزويج . وجزم به الزركشي . قال في « الفروع » : ظاهر كلام القاضي ، وصاحب « المحرر » ، للوصي مطلقاً تزويجه . يعني ؛ سواء كان وصياً في التزويج أو في غيره . وجزم به الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، وأنه قولهما ، أن وصي المال يزوج الصغير . قال في « الفروع » : والأول أظهر ، كما لا يزوج الصغيرة . وقال في « الرعاية الكبرى » : يزوجه ويجبره ، بعد أبيه ، وصيه . وقيل : ثم الحاكم . قلت : بل بعد الأب ، وهو أظهر . انتهى . وتقدم ، هل لسائر الأولياء ، غير الأب والوصي ، تزويجه أم لا ؟ بعد قوله : ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره ، « أنه لا خيار^(٣) للوصي إذا بلغ . وهو كذلك . قال الزركشي : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد ، رحمه الله ، والأصحاب . وقال القاضي : وجدت في رقة بخط أبي عبد الله جواب مسألة ، إذا زوج الصغير وصيه ، ثبت نكاحه وتوارثا ، فإن بلغ ، فله الخيار . انتهى .

قوله : وإذا استوى الأولياء في الدرجة صحّ التزويج من كل واحد منهم - بلا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في الأصل : « الإيجاب » .

مِنْهُمْ ، وَالْأَوَّلَى تَقْدِيمُ أَفْضَلِهِمْ ثُمَّ أَسَنُّهُمْ ، المنع

والأعمامَ وَبَنِيهِمْ (صَحَّ التَّزْوِيجُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ) لِأَنَّ سَبَبَ الْوِلَايَةِ
مَوْجُودٌ فِي كُلِّ^(١) وَاحِدٍ مِنْهُمْ .

٣١٢٠ - مسألة : والأولى تَقْدِيمُ أَكْبَرِهِمْ وَأَفْضَلِهِمْ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ لَمَّا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ^(١) مُحَيِّصَةٌ وَخَوِيصَةٌ وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ ، فَتَكَلَّمَ
عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ ، وَكَانَ أَصْغَرَهُمْ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « كَبُرَ
كَبْرٌ » . أَيْ قَدِمَ الْأَكْبَرُ ، فَتَكَلَّمَ خَوِيصَةٌ^(٢) . وَلِأَنَّهُ أَخُو طُ لِّلْعَقْدِ فِي

نِزَاعٍ - وَالْأَوَّلَى تَقْدِيمُ أَفْضَلِهِمْ ، ثُمَّ أَسَنُّهُمْ ، ثُمَّ يُقَرَّعُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ
الْإِنصَافُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ،
وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » :
قُدِّمَ الْأَفْضَلُ فِي الْعِلْمِ وَالْدِّينِ وَالْوَرَعِ ، وَالْخَبْرَةِ^(٣) بِذَلِكَ ، ثُمَّ الْأَسَنُّ ، ثُمَّ مَنْ

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب المواعدة والمصالحة مع المشركين ... ، من كتاب الجزية ، وفي : باب إكرام
الكبير ... ، من كتاب الأدب ، وفي : باب القسامة ، من كتاب الديات ، وفي : باب الشهادة على الخط المختوم ،
وباب كتاب الحاكم إلى عماله ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ١٢٣/٤ ، ٤١/٨ ، ١١/٩ ،
٨٣ ، ٩٣ ، ٩٤ . ومسلم ، في : باب القسامة ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ١٢٩١/٣ ، ١٢٩٥ .
وأبو داود ، في : باب القتل بالقسامة ، وباب في ترك القود في القسامة ، من كتاب الديات . سنن أبي داود
٤٨٤/٢ - ٤٨٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في القسامة ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى
١٩٢/٦ - ١٩٤ . والنسائي ، في : باب تبذئة أهل الدم في القسامة ، وباب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر
سهل فيه ، من كتاب القسامة . المجتبى ٦/٨ - ١٢ . وابن ماجه ، في : باب القسامة ، من كتاب الديات .
سنن ابن ماجه ٨٩٢/٢ ، ٨٩٣ . والإمام مالك ، في : باب تبذئة أهل الدم في القسامة ، من كتاب القسامة .
الموطأ ٨٧٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٤ ، ٣ ، ١٤٢ .

(٣) في ط : « الخير » .

المقنع **فَإِنْ تَشَاخَوْا ، أَقْرِعْ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فزَوْجٌ ، صَحَّ فِي أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ .**

الشرح الكبير اجتماع شروطه ، والنَّظَرُ فِي الْحِظِّ (فَإِنْ تَشَاخَوْا ، أَقْرِعْ بَيْنَهُمْ) لَأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي الْحَقِّ ، وَتَعَذَّرَ الْجَمْعُ ، فَيُقْرِعُ بَيْنَهُمْ ، كَالْمَرَاتَيْنِ ، وَقَدْ كَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا أَقْرِعَ بَيْنَ نِسَائِهِ ^(١) ؛ لِتَسَاوَى حُقُوقُهُنَّ . كَذَا هَذَا .

٣١٢١ - مسألة : (فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فزَوْجٌ ، صَحَّ) تَزْوِيْجُهُ (فِي أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ) إِذَا زَوَّجَ كُفًّا بِإِذْنِ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَزْوِيْجٌ صَدَرَ مِنْ وَلِيِّ كَامِلِ الْوِلَايَةِ بِإِذْنِ مُوَلِّيَّتِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ انفَرَدَ ، وَإِنَّمَا الْقُرْعَةُ لِإِزَالَةِ الْمُشَاكَّةِ ^(٢) . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ ^(٣) «لَأَنَّهُ بِالْقُرْعَةِ صَارَ أَوْلَى» ، فَلَمْ يَصِحَّ تَزْوِيْجُهُ ، كَالْأَبْعَدِ مَعَ الْأَقْرَبِ .

الإِنصاف قَرَعَ . انْتَهَى . وَقَالَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « مُخْتَصَرِهِ » : يُقَدِّمُ الْأَسْنُ ، ثُمَّ الْأَفْضَلُ ، ثُمَّ الْقُرْعَةُ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْسِّنِّ هُنَا ، وَأَصْحَابُنَا قَدْ اعْتَبَرُوهُ .

قوله : فَإِنْ تَشَاخَوْا ، أَقْرِعْ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فزَوْجٌ ، صَحَّ فِي أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ . وكذا قال في « الهداية » ، و « المستوعب » ،

(١) تقدم تحريجه في ٣٢/١٠ .

(٢) في م : « المشاحة » .

(٣-٣) سقط من : م .

وَأِنْ زَوْجَ اثْنَانِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ مِنْهُمَا ، فُسِخَ النِّكَاحَانِ .
المنع

٣١٢٢ - مسألة : (وإِذَا زَوْجٌ) الْوَلِيَّانِ (اثْنَيْنِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ مِنْهُمَا ، فُسِخَ النِّكَاحَانِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا كَانَ لَهَا وَلِيَّانِ ، فَأُذِنَتْ

و « الْحَاوِي » . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : الْإِنْصَافُ صَحَّ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » : صَحَّ فِي الْأَصَحِّ . قَالَ النَّاطِلُ : هَذَا أَظْهَرُ الْوَجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُنْتَخَبِ الْأَدِمِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَصِحُّ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَمَنْ بَعْدَهُ .

تنبيه : محل الخلاف ، إِذَا أُذِنَتْ لَهُمْ . فَأَمَّا إِنْ أُذِنَتْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ ، تَعَيَّنَ ، وَلَمْ يَصِحَّ نِكَاحُ غَيْرِهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : وَعَنْهُ ، إِنْ أَجَازَهُ مَنْ عَيَّنْتَهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا فَلَا .

فائدة : قَالَ الْأَرْجِيُّ فِي « النَّهَايَةِ » : وَإِذَا اسْتَوَتْ دَرَجَةُ الْأَوْلِيَاءِ ، فَالْوَلَايَةُ ثَابِتَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى الْكَمَالِ وَالْإِسْتِقْلَالِ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ عَصَلَ الْكُلُّ ، أَثْمُوا . وَلَوْ عَصَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، دُعِيَ إِلَى النِّكَاحِ ، فَإِنْ لَمْ يُجِبْ ، فَهَلْ يُعْصَى ؟ يَنْبَنِي هَذَا عَلَى الشَّاهِدِ الَّذِي لَمْ يَتَّعَيْنْ ، هَلْ يُعْصَى بِالْإِمْتِنَاعِ ؟ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِالْعِضْيَانِ ؛ لِأَنَّ إِمْتِنَاعَهُ لَا تَأْثِيرَ لَهُ فِي تَوَقُّفِ النِّكَاحِ بِحَالٍ ، إِذْ غَيْرُهُ يَقُومُ مَقَامَهُ .

قوله : وَأِنْ زَوْجَ اثْنَانِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ ، فُسِخَ النِّكَاحَانِ . هَذَا إِحْدَى الرَّوَائِطَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،

لكل واحدٍ منهما^(١) في تزويجها ، جاز ، سواءً أذنت في رجلٍ معينٍ أو مُطلقًا ، فإذا زوّجها الوليّان لرجلَيْن ، وعِلِمَ السَّابِقُ منهما ، فالنِّكَاحُ له ، سواءً دَخَلَ بها الثَّانِي أو لم يَدْخُلْ . هذا قولُ الحسنِ ، والزُّهْرِيِّ ، وقتادة ، وابنِ سِيرِينَ ، والأَوْزَاعِيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، والشافعيّ ، وأبي عُبَيْدٍ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وبه قال عطاءٌ ، ومالكٌ ، ما لم يَدْخُلْ بها الثاني ، فإن دَخَلَ بها الثاني صارَ أَوْلَى ؛ لقولِ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه : إذا أنكَحَ الوليّانِ ، فالأَوَّلُ أَحَقُّ ما لم يَدْخُلْ بها الثاني^(٢) . ولأنَّ الثاني اتَّصَلَ بِعَقْدِهِ الْقَبْضُ ، فكان أَحَقُّ . ولنا ، ما رَوَى سَمُرَةُ ، وعُقْبَةُ ، عن النبي ﷺ أَنَّهُ قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلَيَّانٍ ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ » . أَخْرَجَ حَدِيثَ سَمُرَةَ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ، وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ عَنْهُ وَعَنْ عُقْبَةَ^(٣) . وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ

الإِنصاف و « الفُروع » ، وغيرهم . واختارَه أَبُو بَكْرٍ فِي « خِلَافِهِ » ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » . فعلى هذا ، يَفْسُخُهُ الْحَاكِمُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في م : « فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي صَارَ أَوْلَى » .

(٣) حديث سمرة أخرجه أبو داود ، في : باب إذا أنكَحَ الوليان ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٢/١ .
والترمذی ، في : باب ما جاء في الوليين يزوجان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣٠/٥ . والنسائي ،
في : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٦/٧ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب المرأة يزوجه الوليان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٣٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨/٥ ، ١١ ، ١٢ ، ١٨ .

وأخرجه النسائي عن سمرة وعن عقبة ، في : باب الرجل يبيع السلعة من رجل ثم يبيعها بعينها ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٥٧/٤ .

كما أخرجه عنهما ابن أبي شيبة ، في : المصنف ١٣٩/٤ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٣٠/٧ ، ١٤٠ .
وانظر الإرواء ٢٥٤/٦ ، ٢٥٥ .

عن عليٍّ ، وشرّيح^(١) . ولأنَّ الثاني تزوّج امرأةً في عصمة زَوْجٍ ، فكان باطلاً ، كما لو علِمَ الحال ، ولأنَّه نِكَاحٌ باطلٌ لو عَرِيَ عن الدُّخُولِ ، فكان باطلاً وإن دَخَلَ ، كِنِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ . وأمّا حديثُ عمرَ ، فلم يُصَحِّحْهُ أصحابُ الحديثِ ، وقد خالفه قولُ عليٍّ ، وجاء على خلافِ حديث^(٢) النبيِّ ﷺ ، وما ذَكَرُوهُ مِنَ الْقَبْضِ لَا مَعْنَى لَهُ ؛ فَإِنَّ النِّكَاحَ يَصِحُّ بِغَيْرِ قَبْضٍ ، مع أَنَّهُ لَا أَصْلَ لَهُ [١٠٣/٦ ظ] فَيُقَاسُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يَبْطُلُ بِسَائِرِ^(٣) الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ .

فصل : فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهَا ذَاتُ زَوْجٍ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ لَهَا عَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا ، وَلَمْ يُصِبْهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيضٍ بَعْدَ وَطْئِهَا مِنَ الثَّانِي . فَأَمَّا إِنْ عَلِمَ بِالْحَالِ قَبْلَ وَطْءِ الثَّانِي لَهَا ، فَإِنَّهَا تُدْفَعُ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّ عَقْدَهُ عَقْدٌ بَاطِلٌ لَا يُوجِبُ شَيْئًا .

القاضي في « الْمُجَرَّدِ » ، و « التَّعْلِيْقِ » ، و « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، وابنُ الزَّاغُونِيّ ، وأبو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالنَّاطِقُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ [١٦/٣ ظ] الْمُصَنِّفِ هُنَا . قَالَ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ فِي « نُكَّتِهِ » : هَذَا الْمَشْهُورُ . وَقَالَ الْقَاضِي أَيْضًا فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » : يَفْسَخُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ مِنْ جِهَةِ الْحَاكِمِ . وَهُوَ صَرِيحٌ فِي أَنَّ لِلزَّوْجَيْنِ الْفَسْخَ بَأَنْفُسِهِمَا . وَقَالَ فِي

(١) مَارُوى عَنْ عَلِيٍّ أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي : الْمَصْنَفِ ١٣٩/٤ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٤١/٧ . وَمَارُوى عَنْ شَرِّحٍ أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي : الْمَصْنَفِ ١٤٠/٤ .

(٢) فِي م : « قَوْلٌ » .

(٣) فِي م : « كَسَائِرُ » .

فإن وطلّهما الثاني وهو لا يعلم ، فهو وطءٌ بشبهة ، يجب لها به المهر ، وترد إلى الأول ، ولا يحلّ له وطؤها حتى تنقضي عدتها . وهو قول قتادة ، والشافعي ، وابن المنذر . قال أحمد : لها صداق بالميسر ، وصداق « من هذا » . ولا يردّ الصداق الذي يؤخذ من الدّاخل بها على من دفعت إليه ؛ لأنّ الصداق في مقابلة الاستمتاع بها^(٢) ، فكان لها دون زوجها ، كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة . ولا يحتاج النكاح الثاني إلى فسخ ؛ لأنّه باطل ، ولا يجب لها المهر إلّا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج ؛ لأنّه نكاح باطل لا حكم له . ويجب مهر المثل ؛ لأنّه يجب بالإصابة بالتسمية . وذكر أبو بكر أنّ الواجب المسمى . قال القاضي : هو قياس المذهب . والأوّل هو الصحيح ؛ لما قلنا .

فصل : فإن جهل الأول منهما ، فسخ النكاحان ، ولا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما ، أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه ، أو يعلمه

« المستوعب » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . ويحتمله كلام المصنّف هنا . قال الزركشي : ولعلهم أرادوا ، بإذن الحاكم . وعن أبي بكر ، يطلّقانها . حكاه عنه ابن شاقلا . قلت : هذا أحوط . قال ابن خطيب السلامية في « نكته » : فعلى هذا ، هل ينقص هذا الطلاق العدّ ولو تزوّجها بعد ذلك ؟ ينبغي أن لا يكون كذلك ؛ لأنّه لا يتيقن وقوع الطلاق به . وعنه ، النكاح مفسوخ بنفسه ، فلا يحتاج إلى فسخ . ذكره في « النوادر » . قال الإمام أحمد ، رحمه

(١ - ١) في الأصل : « بهذا » .

(٢) سقط من : م .

وَعَنهُ ، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ ، أَمَرَ الْآخَرَ بِالطَّلَاقِ ، ثُمَّ يُجَدِّدُ الْمُنْعَ الْقَارِعُ نِكَاحَهُ .

الشرح الكبير

بَعَيْنُهُ ثُمَّ يُشْكِلُ ، وَالْحُكْمُ فِي جَمِيعِهَا وَاحِدٌ ، وَهُوَ أَنْ يَفْسَخَ الْحَاكِمُ النِّكَاحَيْنِ جَمِيعًا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا (وَعَنْ أَحْمَدَ) رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ (يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا) فَمَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ أَمَرَ صَاحِبَهُ بِالطَّلَاقِ (ثُمَّ يُجَدِّدُ الْقَارِعُ نِكَاحَهُ) لِأَنَّهُ إِنْ كَانَتْ زَوْجَتَهُ لَمْ يُضِرَّهُ تَجْدِيدُ النِّكَاحِ ، وَإِنْ كَانَتْ زَوْجَةَ الْآخَرِ ، بَانَ بِالطَّلَاقِ ، وَصَارَتْ زَوْجَةَ هَذَا بَعْقِدِهِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ تَدْخُلُ لَتَمْيِيزِ الْحُقُوقِ عِنْدَ التَّسَاوِي ، كَالسَّفَرِ بِإِحْدَى نِسَائِهِ ، وَالْبِدَاعَةِ بِالْمَبِيتِ عِنْدَ إِحْدَاهُنَّ ، وَتَعْيِينِ ^(١) الْأَنْصِبَاءِ فِي الْقِسْمَةِ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ : يُجْبِرُهُمَا السُّلْطَانُ عَلَى أَنْ يُطْلَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَلَقَةً ، فَإِنْ أَيَّافَرَقَ بَيْنَهُمَا .

اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : مَا أَرَى لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحًا . وَقَدَّمَهُ فِي « التَّبَصُّرَةِ » . الْإِنْصَافُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : يَنْطُلُ النِّكَاحَانِ . وَهُوَ أَظْهَرُ وَأَصَحُّ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ مِنْ أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا . اخْتَارَهَا النَّجَادُ ، وَالْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ » ، وَالشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالشِّيرَازِيُّ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، مَنْ قَرَعَ مِنْهُمَا ، جَدَّدَ نِكَاحَهُ بِإِذْنِهَا . كَمَا قَالَ الْمُصَنِّفُ هُنَا . وَهُوَ الصَّحِيحُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : قَالَ أَبُو بَكْرٍ أَحْمَدُ بْنُ سُلَيْمَانَ النَّجَادُ : مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، جَدَّدَ نِكَاحَهُ . وَعَنهُ ،

(١) فِي م : « تَعْيِير » .

وهو قريبٌ من القولِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه تَعَدَّرَ إِمضاءُ العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فَوَجَبَ إِزَالَةُ الضَّرَرِ بالتَّفْرِيقِ . وقال الشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : النِّكَاحُ مَفْسُوخٌ ؛ لأنَّه تَعَدَّرَ إِمضاءُوه . ولا يَصِحُّ هذا ؛ فَإِنَّ العَقْدَ الصَّحِيحَ لا يَبْطُلُ بِمُجَرَّدِ إِشْكَالِهِ ، كما لو اختلفَ الْمُتَبَايعَانِ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ ، فَإِنَّ العَقْدَ لا يَزُولُ إِلَّا بِفَسْخِهِ ، كَذَا هَهُنَا . وَرَوَى عَنْ شُرَيْحٍ ، وَعَمَرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَحَمَّادِ بْنِ أَبِي سَلِيمَانَ ، أَنَّهَا تُخَيَّرُ ، فَأَيُّهُمَا اخْتَارَتْهُ ، فَهَوَّزَ وَجْهًا . وَهَذَا فَاسِدٌ ؛ فَإِنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ بِزَوْجٍ لَهَا ، فَلَمْ تُخَيَّرْ بَيْنَهُمَا ، كما لو لم يَعْقَدْ إِلَّا أَحَدُهُمَا ، أَوْ كما لو أَشْكَلَ عَلَى الرَّجُلِ امْرَأَتُهُ فِي النِّسَاءِ ، أَوْ عَلَى الْمَرْأَةِ زَوْجُهَا ، إِلَّا أَنْ يُرِيدُوا بِقَوْلِهِمْ أَنَّهَا إِذَا اخْتَارَتْ أَحَدَهُمَا ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا^(١) وَبَيْنَ [١٠٤/٦ د] الْآخَرِ ، ثُمَّ عَقَدَ الْمُخْتَارَ نِكَاحَهَا ، فَهَذَا حَسَنٌ ، فَإِنَّهُ يُسْتَعْنَى بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا^(٢) وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا عَنِ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا^(٣) وَبَيْنَهُمَا جَمِيعًا ، وَبِفَسْخِ أَحَدِ النِّكَاحَيْنِ عَنِ فَسْخِهِمَا . فَإِنْ أَبَتْ أَنْ تَخْتَارَ ، لَمْ تُجْبَرْ . وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي إِذَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا فَوَقَعَتِ الْقُرْعَةُ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ تُجْبَرْ عَلَى نِكَاحِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ^(٣) أَنَّهُ زَوْجُهَا^٣ ، فَيَتَعَيَّنُ إِذَا فُسِّخَ النِّكَاحَيْنِ ، وَلَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا فِي الْحَالِ ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَبَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ إِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا أَحَدُهُمَا .

هِيَ لِلْقَارِعِ مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ عَقْدٍ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ النَّجَّادُ . وَنَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ .

(١) فِي النِّسَخَتَيْنِ : « بَيْنَهُمَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « بَيْنَهُمَا » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ السَّابِقُ بِالْعَقْدِ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمَا ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا . فَإِنْ أَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : يُقْبَلُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتِ ابْتِدَاءً . وَلَنَا ، أَنَّ الْخَضَمَ الزَّوْجُ الْآخَرُ^(١) فِي ذَلِكَ ، فَلَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهَا^(٢) فِي إِبْطَالِ حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ عَلَيْهِ بِطَلَاكِ . وَإِنْ ادَّعَى الزَّوْجَانِ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنَّهَا تَعْلَمُ السَّابِقَ مِنْهُمَا ، فَانْكَرَتْ ، لَمْ تُسْتَحْلَفْ لَذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ :

قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْجُمْهُورِ ؛ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي ، وَأَصْحَابِهِ . وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي « الرُّوَايَتَيْنِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ » . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَمَالَ إِلَيْهِ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » . لَكِنْ اخْتَلَفَ نَقْلُ الزَّرْكَشِيِّ ، وَصَاحِبِ « الْفُرُوعِ » عَنْ أَبِي بَكْرٍ النَّجَادِ كَمَا تَرَى . وَأَطْلَقَ الرُّوَايَتَيْنِ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » . فَعَلِيَ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ يُجَدِّدُ نِكَاحَهُ ، قَالَ الْمُصَنِّفُ : يَنْبَغِي أَنْ لَا تُجْبَرَ الْمَرْأَةُ عَلَى نِكَاحٍ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، بَلْ هَا أَنْ تَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا وَمِنْ غَيْرِهِمَا . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَلَيْسَ هَذَا بِالْجَيِّدِ ؛ فَإِنَّا ، عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، إِذَا أَمَرْنَا الْمَقْرُوعَ بِالْفُرْقَةِ ، وَقُلْنَا : هَا أَنْ لَا تَتَزَوَّجَ الْقَارِعَ . خَلَّتْ مِنْهُمَا ، فَلَا يَبْقَى بَيْنَ الرُّوَايَتَيْنِ فَرْقٌ ، وَلَا يَبْقَى لِلْقُرْعَةِ أَثَرٌ أَصْلًا ، بَلْ تَكُونُ لَعْوًا ، وَهَذَا تَخْلِيطٌ ، وَإِنَّمَا ، عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، يَجِبُ أَنْ يُقَالَ : هِيَ زَوْجَةُ الْقَارِعِ ، بِمِثْلِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا وَسُكْنَاهَا ، وَلَوْ مَاتَ وَرِثَتْهُ ، لَكِنْ لَا يَطُوعُهَا حَتَّى يُجَدِّدَ الْعَقْدَ . فَيَكُونُ تَجْدِيدُ الْعَقْدِ لِحُلِّ الْوَطْءِ فَقَطْ . هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . أَوْ يُقَالَ : إِنَّهُ لَا يُحْكَمُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِلْآخَرِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

تُسْتَحْلَفُ . بِنَاءٌ مِنْهُمْ عَلَى أَنْ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ . فَإِنْ فُرِّقَ بَيْنَهَا ^(١) وَبَيْنَ أَحَدِهِمَا ، لِاخْتِيَارِهَا لِصَاحِبِهِ ، أَوْ لَوْ قُوعِ الْقُرْعَةِ لَهُ ، وَأَقْرَبَتْ لَهُ أَنْ عَقْدَهُ سَابِقٌ ، فَيَتَّبَعِي أَنْ يُقْبَلَ إِقْرَارُهَا ^(٢) ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ خَصْمٍ مُنَازِعٍ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ لَمْ يَكُنْ صَاحِبُ عَقْدٍ آخَرَ .

بِالزَّوْجِيَّةِ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ ، وَيَكُونُ التَّجْدِيدُ وَاجِبًا عَلَيْهِ وَعَلَيْهَا ، كَمَا كَانَ الطَّلَاقُ وَاجِبًا عَلَى الْآخِرِ . وَلَيْسَ فِي كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، تَعَرُّضٌ لِلطَّلَاقِ وَلَا لِتَجْدِيدِهِ الْآخِرِ النِّكَاحَ ، فَإِنَّ الْقُرْعَةَ جَعَلَهَا الشَّارِعُ حُجَّةً وَبَيِّنَةً تَفِيدُ الْحِلَّ ظَاهِرًا ؛ كَالشَّهَادَةِ وَالتَّكْوِيلِ وَغَوَاهُمَا . انْتَهَى . وَعَلَى رِوَايَةٍ أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا ، يُعْتَبَرُ طَلَاقُ صَاحِبِهِ . عَلَى الصَّحِيحِ ، كَمَا قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، فَإِنْ أَبَى ، طَلَّقَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَعَلَى الْأَصَحِّ ، وَيُعْتَبَرُ طَلَاقُ صَاحِبِهِ ، فَإِنْ أَبَى ، فَحَاكِمٍ . وَاخْتَارَهُ النَّجَّادُ ، وَالْقَاضِي فِي « الرِّوَايَتَيْنِ » ، وَ « الْجَامِعِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ فِي « نُكَّتِهِ » : وَهَذَا أَقْرَبُ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » : وَفِي هَذَا ضَعْفٌ . فَإِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهَلْ يَجِبُ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَيُعَيَّنُ بِالْقُرْعَةِ ، أَمْ لَا يَجِبُ لَهَا شَيْءٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهُ اخْتَارَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهَا ، وَبِهِ ^(٣) أَفْتَى أَبُو عَلِيٍّ النَّجَّادُ . ذَكَرَهُ فِي آخِرِ « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالْخَمْسِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » . وَعَنْهُ ، لَا يُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ . حَكَاهَا ابْنُ

(١) فِي م : « بَيْنَهَا » .

(٢) فِي م : « إِقْرَارُهَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَأَنَّهُ » .

فصل : وإن عُلِمَ أَنَّ الْعَقْدَيْنِ وَقَعَا مَعًا^(١) ، لم يَسْبِقْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ ، فهما باطلان ، لا حاجة إلى فسخيهما ؛ لأنَّهما باطلان من أصلهما ، ولا مَهْرَ لها على واحدٍ منهما ، ولا ميراثَ لها منهما ، ولا يرثُها واحدٌ منهما ؛ لذلك . وإن لم يُعْلَمْ ذلك ففسخ^(٢) نكاحيهما ، فروى عن أحمد ، أنه يَجِبُ لها نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَيَقْتَرِعَانِ عليه ؛ لأنَّ عَقْدَ أَحَدِهِمَا صَحِيحٌ ، وقد

الْبَنَاءُ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْقَوَاعِدِ » ، وقال : هذا ظاهرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، وابنِ مَنْصُورٍ . انتهى . وقاله القاضي في « الْمُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلٍ . وهو ظاهرُ كلامِ ابنِ أَبِي مُوسَى . وَقَدَّمَهُ الزُّرْكَانِيُّ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وقال في « الرَّعَائِيَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وعنه ، مَنْ قَرَعَ ، فهو الزَّوْجُ . وفي اعتباره طلاق الآخر وجهان . [١٧/٣] وقيل : رَوَاتَانِ . وقيل : مَنْ قَرَعَ ، جَدَّدَ عَقْدًا بِإِذْنِهَا ، وَطَلَّقَ الْآخَرَ مَجَانًا ، فَإِنْ أَبِي طَلَّقَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ . قال في « الْكُبْرَى » : فِي الْأَصَحِّ . قال في « الْقَوَاعِدِ » : قال طائفةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ : يُجَدِّدُ الَّذِي خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ النُّكَاحَ ؛ لِتَحِلَّ لَهُ بَيَقِينٍ . وَحَكَاهُ الْقَاضِي فِي كِتَابِ « الرَّوَايَتَيْنِ » عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَحْمَدَ بْنِ سُلَيْمَانَ النَّجَّادِ ، ثُمَّ رَدَّهُ بِأَنَّهُ لَا يَبْقَى حِينَئِذٍ مَعْنَى لِلْقُرْعَةِ .

فوائد : الأولى ، إذا جُهِلَ أَسْبَقُ الْعَقْدَيْنِ ، ففيه مسائل ؛ منها ، إذا عُلِمَ عَيْنُ السَّابِقِ ثُمَّ جُهِلَ ، فهذه محلُّ الْخِلَافِ السَّابِقِ . ومنها ، لو عُلِمَ السَّبْقُ وَنُسِيَ السَّابِقُ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ إِجْرَاءُ الْخِلَافِ فِيهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا . وعليه أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قال الزُّرْكَانِيُّ : لَا إِشْكَالَ فِي جَرَيَانِ الرَّوَايَتَيْنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « فسخ » .

أَنْفَسَخَ نِكَاحَهُ^(١) قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ نِصْفُ مَهْرِهَا ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا^(٢) . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا مُجْبِرَانِ عَلَى الطَّلَاقِ^(٣) ، فَلَمْ يَلْزَمْهُمَا مَهْرٌ ، كَمَا لَوْ فَسَخَ الْحَاكِمُ نِكَاحَ رَجُلٍ لِعُسْرَتِهِ أَوْ غَيْبَتِهِ . وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ الْفَسْخِ أَوْ الطَّلَاقِ ، فَلَا أَحَدَهُمَا نِصْفُ مِيرَاثِهَا ، فَيُوقَفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَصْطَلِحَا عَلَيْهِ . وَقِيلَ : يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ أَنَّهُ الْمُسْتَحِقُّ ، وَوَرِثَ . وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجَانِ ، فَلَهَا رُبْعُ مِيرَاثِ أَحَدِهِمَا . فَإِنْ كَانَتْ قَدْ أَقَرَّتْ أَنَّ أَحَدَهُمَا سَابِقٌ بِالْعَقْدِ ، فَلَا مِيرَاثَ لَهَا مِنَ الْآخَرِ ، وَهِيَ تَدَّعِي رُبْعَ^(٤) مِيرَاثِ مَنْ أَقَرَّتْ لَهُ . فَإِنْ كَانَ^(٥) قَدْ ادَّعَى ذَلِكَ أَيْضًا ، دَفَعَ إِلَيْهَا رُبْعَ مِيرَاثِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ادَّعَى ذَلِكَ ، وَأَنْكَرَ الْوَرِثَةَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ مَعَ أَيَّمَانِهِمْ ، فَإِنْ نَكَلُوا قُضِيَ عَلَيْهِمْ . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ أَقَرَّتْ بِسَبْقِ أَحَدِهِمَا ، احْتَمَلَ أَنْ يَحْلِفَ وَرِثَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيَبْرَأَ^(٦) ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُقَرَّعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ^(٧) فَلَهَا رُبْعُ مِيرَاثِهِ . وَقَدْ

وَكذلك قَالَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَمْدَانَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » .

(١) فِي م : « بِنِكَاحِهِ » .

(٢) فِي م : « خَالَعَهَا » .

(٣) فِي النُّسخَيْنِ : « الصَّدَاقِ » . وَانْظُرِ الْمُغْنَى ٤٣٤/٩ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) بَعْدَهُ فِي م : « أَحَدَهُمَا » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

رَوَى حَبْلٌ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ لَهُ ثَلَاثُ بَنَاتٍ ، زَوْجٌ إِحْدَاهُنَّ مِنْ رَجُلٍ ، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ ، وَلَمْ يُعْلَمْ أَيُّتُهُنَّ زَوْجٌ : يُقَرَّعُ بَيْنَهُنَّ ، فَأَيُّتُهُنَّ أَصَابَتْهَا الْقُرْعَةُ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ فَهِيَ [١٠٤/٦] الَّتِي تَرْتُهُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ السَّابِقُ ، فَأَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَقُلْنَا بِوُجُوبِ الْمَهْرِ ، وَجَبَ عَلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ؛ لِإِقْرَارِهِ لَهَا بِهِ ، وَإِقْرَارِهَا بِبِرَاءَةِ صَاحِبِهِ . وَإِنْ مَاتَا ، وَرِثَتِ الْمُقَرَّرُ لَهُ دُونَ

قَرَعَ : لَوْ أَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ لِأَحَدِهِمَا ، لَمْ يُقْبَلْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « النَّظْمِ » : لَمْ يُقْبَلْ ، عَلَى الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، يُقْبَلُ . وَمِنْهَا ، لَوْ جُهِلَ كَيْفَ وَقَعَا . فَقِيلَ : هِيَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَصَاحِبُ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِيمَا أَظُنُّ . وَعِنْدَ الْقَاضِي فِي « التَّلْقِيْقِ الْكَبِيرِ » ، يَبْطُلَانِ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَكَذَا قَالَ ابْنُ حَمْدَانَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، إِلَّا أَنَّهُ حَكَى فِي « الْكُبْرَى » قَوْلًا بِالْبُطْلَانِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا . وَمِنْهَا ، لَوْ جُهِلَ وَقُوعُهُمَا مَعًا ، فَهِيَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يَبْطُلَانِ . وَمِنْهَا ، لَوْ عُلِمَ وَقُوعُهُمَا مَعًا ، بَطَلَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقَطَعَ بِهِ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَابْنُ حَمْدَانَ ، وَصَاحِبُ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَصْحَابِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي كِتَابِ « الرَّوَايَتَيْنِ » ، أَنَّهُ يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا عَلَى رِوَايَةِ الْإِقْرَاعِ ، وَذَكَرَهُ فِي « خِلَافِهِ » اِحْتِمَالًا . قَالَ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِ الْهِدَايَةِ » : وَلَا أَظُنُّ هَذَا الْاِحْتِمَالَ إِلَّا خِلَافَ الْإِجْمَاعِ . انْتَهَى . قَالَ

صاحبه ؛ لذلك . وإن ماتت هي قبلهما^(١) ، اَحْتَمَلَ أَنْ يَرِثَهَا الْمُقَرَّرُ لَهُ كَمَا تَرِثُهُ ، وَاَحْتَمَلَ أَنْ لَا يُقْبَلَ إِقْرَارُهَا لَهُ ، كَمَا لَمْ يَقْبَلْهُ فِي نَفْسِهَا . وَإِنْ لَمْ تُقَرَّرْ لِأَحَدِهِمَا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ فِي حَيَاتِهِ . وَلَيْسَ لَوَرَثَةِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْإِنْكَارُ لِاسْتِحْقَاقِهَا ؛ لِأَنَّ مَوْرُوثَهُ قَدْ أَقَرَّ لَهَا بِدَعْوَاهُ^(٢) صِحَّةَ نِكَاحِهَا وَسَبْقَهُ بِالْعَقْدِ عَلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ تُقَرَّرْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أُقِرَّعَ بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ لَهَا مِيرَاثٌ مَنْ تَقَعُ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ أَصَابَهَا ، وَكَانَ هُوَ الْمُقَرَّرُ لَهُ ، أَوْ كَانَتْ لَمْ تُقَرَّرْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَهَا الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ لَهَا بِهِ ، وَهِيَ لَا تَدْعِي سِوَاهُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُقَرَّرَةً لِلْآخِرِ ، فَهِيَ تَدْعِي مَهْرَ الْمِثْلِ ، وَهُوَ يُقَرَّرُ لَهَا^(٣) بِالْمُسَمَّى . فَإِنْ اسْتَوَيَا أَوْ اضْطَلَحَا ، فَلَا كَلَامَ ،

ابْنُ بَرْدَسٍ^(٤) ، شَيْخُ شَيْخِنَا : قَالَ شَيْخُنَا أَبُو الْفَرَجِ ، فِي مَنْ تَرَوُّجُ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ : يَخْتَارُ أَحَدَهُمَا . وَهَذَا يُعْضَدُ مَا قَالَهُ الْقَاضِي . انْتَهَى . الثَّانِيَةُ ، إِذَا أَمِرَ غَيْرُ الْقَارِعِ بِالطَّلَاقِ فَطَلَّقَ ، فَلَا صَدَاقَ عَلَيْهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ فُسِخَ النِّكَاحُ أَوْ طَلَّقَهَا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا مَهْرَ لَهَا عَلَيْهِمَا . حَكَاهُ عَنْهُ ابْنُ شَاقِلَا ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَأَفْتَى بِهِ

(١) فِي م : « قَبْلَهَا » .

(٢) فِي م : « بِدَعْوَى » .

(٣) فِي م : « لَهُ » .

(٤) هُوَ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ بَرْدَسَ الْبَعْلِيِّ ، أَبُو عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْعِمَادِ ، فَقِيهٌ ، نَازِمٌ ، وَلَدَ بِبَعْلَبَكْ ، لَهُ تَصَانِيفٌ مِنْهَا « صَدَقَةُ الْبَرِّ » ، وَ « كِتَابُ الْمَجَالِسِ فِي الْوَعظِ » . وَلَهُ نَظْمٌ . تَوَفَّى سَنَةَ ثَمَانِمِائَةٍ وَثَلَاثِينَ . الْأَعْلَامُ ، لِلزَّرْكَلِيِّ ٢٦٢/٦ .

وإن كان مهر المثل أكثر ، حلف على الزائد ، وسقط . وإن كان المسمى

النَّجَادُ . حكاه عنه أبو الحسن الجزري . وحكاه رواية في « الفروع » وغيره .
ونقل مُهْنًا ، لها نصفُ الصَّدَاقِ يَقْتَرِعَانِ عليه . وهو المذهبُ . نصُّ عليه . وقدمه
في « الفروع » ، فقال : ونصُّه : لها نصفُ المهرِ يَقْتَرِعَانِ عليه . وعنه ، لا .
انتهى . وظاهرُ « المعنى » ، و « الشرح » إطلاقُ الروايتين . وحكى في
« القواعد » ، في وجوبِ نصفِ المهرِ على مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، وَجْهَيْنِ .
الرَّابِعَةُ ، لو مَاتَتِ الْمَرْأَةُ قَبْلَ الْفُسْخِ وَالطَّلَاقِ ، فَلَا أَحَدَهُمَا نِصْفُ مِيرَاثِهَا ، فَيُوقَفُ
الْأَمْرُ حَتَّى يَبْطُلِحَا . قَدَّمَهُ فِي « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ ،
حَلَفَ وَوَرِثَ . قُلْتُ : وَهَذَا أَقْرَبُ . وَهُمَا احْتِمَالَانِ فِي « الْمَعْنَى » ، لَكِنْ ذَكَرَ
عَلَى الثَّانِي أَنَّهُ يَحْلِفُ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ لَا يُخْرَجُ
عَلَى الْمَذْهَبِ ؛ أَمَّا الْأَوَّلُ ، فَلَا نَأْتِيهِ نَقْفُ الْخُصُومَاتِ قَطُّ . وَأَمَّا الثَّانِي ، فَكَيْفَ يَحْلِفُ
مَنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُ الْحَالَ ؟ وَإِنَّمَا الْمَذْهَبُ ، عَلَى رِوَايَةِ الْقُرْعَةِ ، أَيُّهُمَا قَرَعَ ، فَلَهُ
الْمِيرَاثُ بِلَا يَمِينٍ . وَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا : لَا يُقْرَعُ . فَإِذَا قُلْنَا : إِنَّهَا تَأْخُذُ مِنْ أَحَدِهِمَا
نِصْفَ الْمَهْرِ بِالْقُرْعَةِ . فَكَذَلِكَ يَرِثُهَا أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ بِطَرِيقٍ أَوْلَى . وَأَمَّا إِنْ قُلْنَا :
لَا مَهْرَ لَهَا . فَهَذَا قَدْ يُقَالُ بِالْقُرْعَةِ أَيْضًا . انْتَهَى . الْخَامِسَةُ [١٧/٣ ط] ، لو مَاتَ
الزَّوْجَانِ ، كَانَ لَهَا رُبْعُ مِيرَاثِ أَحَدِهِمَا ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ أَقَرَّتْ بِسَبْقِ أَحَدِهِمَا ، فَلَا
مِيرَاثَ لَهَا مِنَ الْآخَرِ ، وَهِيَ تَدْعِي رُبْعَ مِيرَاثِ مَنْ أَقَرَّتْ لَهُ . فَإِنْ كَانَ قَدْ ادَّعَى
ذَلِكَ أَيْضًا ، دَفَعَ إِلَيْهَا رُبْعَ مِيرَاثِهِ^(١) ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ادَّعَى ذَلِكَ وَأَنْكَرَ الْوَرَثَةَ ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُهُمْ مَعَ أَيْمَانِهِمْ ، فَإِنْ نَكَلُوا ، قُضِيَ عَلَيْهِمْ . وَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَقَرَّتْ بِسَبْقِ أَحَدِهِمَا ،
احْتَمَلَ أَنْ يَحْلِفَ وَرَثَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَتَبَرَّأَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « مِيرَاثُهَا » .

لها أَكْثَرُ ، فهو مُقَرٌّ لها بالزِّيَادَةِ ، وهي تُنْكَرُها ، فلا تَسْتَحِقُّهَا .

الشرح الكبير

الإنصاف

خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ ، فلها رُبْعُ مِيرَاثِهِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » .
وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، فِي رَجُلٍ لَهُ ثَلَاثُ بَنَاتٍ ، زَوْجٌ إِحْدَاهُنَّ مِنْ رَجُلٍ ، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ ،
وَلَمْ يُعْلَمْ أَيُّهُنَّ زَوْجٌ ؛ يُقَرَّعُ بَيْنَهُنَّ ، فَأَيُّهُنَّ أَصَابَتْهَا الْقُرْعَةُ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَإِنْ
مَاتَ الزَّوْجُ ، كَانَتْ هِيَ الْوَارِثَةَ . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ » ، عَنْ الْوَجْهِ بِالْقُرْعَةِ : يَتَعَيَّنُ
الْقَوْلُ بِهِ ، فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْوَرِثَةَ الْعِلْمُ بِالْحَالِ ، وَيَشْهَدُ لَهُ نَصُّ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، فِي رِوَايَةٍ
حَنْبَلٍ وَغَيْرِهِ ، وَذَكَرَهُ . السَّادِسَةُ ، لَوَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ السَّابِقُ ، فَأَقْرَئَتْ
لأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَقُلْنَا بِوُجُوبِ الْمَهْرِ ، وَجَبَ عَلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ ؛
لِإِقْرَارِهِ لَهَا بِهِ ، وَإِقْرَارِهَا بِبِرَاءَةِ صَاحِبِهِ . وَإِنْ مَاتَا ، وَرِثَتِ الْمُقَرَّرُ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ
لِذَلِكَ . وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ قَبْلَهُمَا ، اخْتَمَلَ أَنْ يَرِثَهَا الْمُقَرَّرُ لَهُ كَمَا تَرِثُهُ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا
يُقْبَلَ إِقْرَارُهَا لَهُ ، كَمَا لَمْ يَقْبَلْهُ فِي نَفْسِهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، و « الشَّرْح » .
وَإِنْ لَمْ تُقَرَّرْ لِأَحَدِهِمَا إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَقْرَئَتْ لَهُ فِي حَيَاتِهِ ، وَلَيْسَ لَوَرِثَةِ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا الْإِنْكَارُ ؛ لِاسْتِحْقَاقِهَا . وَإِنْ لَمْ تُقَرَّرْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، ^(١) «وَكَانَ»
لَهَا مِيرَاثٌ مِّنْ تَقَعُ الْقُرْعَةُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ أَصَابَهَا ، وَكَانَ هُوَ الْمُقَرَّرُ لَهُ ،
أَوْ كَانَتْ لَمْ تُقَرَّرْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَهَا الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرُهَا بِهِ ، وَهِيَ لَا تَدَّعِي سِوَاهُ .
وَإِنْ كَانَتْ مُقَرَّرَةً لِلْآخِرِ ^(٢) ، فَهِيَ تَدَّعِي مَهْرَ الْمِثْلِ ، وَهُوَ يُقَرَّرُهَا بِالْمُسَمَّى ، فَإِنْ
اسْتَوَيَا أَوْ اضْطَلَحَا ، فَلَا كَلَامَ . وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ ، حَلَفَ عَلَى الزَّائِدِ
وَسَقَطَ ، وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى لَهَا أَكْثَرَ ، فَهُوَ مُقَرَّرُهَا بِالزِّيَادَةِ وَهِيَ تُنْكَرُهَا ، فَلَا
تَسْتَحِقُّهَا .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « وَإِنْ كَانَ » .

(٢) فِي ١ : « لِالْآخِرِ » .

وإِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ مِنْ أُمِّهِ ، جَازَ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ،
وَكَذَلِكَ وَلِيُّ الْمَرْأَةِ - مِثْلُ ابْنِ الْعَمِّ وَالْمَوْلَى وَالْحَاكِمِ - إِذَا أُذِنَتْ

الشرح الكبير

٣١٢٣ - مسألة : (وإذا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ مِنْ أُمِّهِ ، جَازَ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ) لَأَنَّهُ مَلَكٌ بِحُكْمِ الْمَلِكِ لَا بِحُكْمِ الْإِذْنِ ، فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . فَإِنْ كَانَ مَالِكًا لِأَحَدِ طَرَفِي الْعَقْدِ فَوَكَّلَهُ مَالِكُ الطَّرَفِ الْآخَرِ فِيهِ ، أَوْ وَكَّلَهُ الْمَوْلَى فِي الْإِجَابِ وَالزَّوْجُ فِي الْقَبُولِ ، خُرَّجَ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ اللَّتَيْنِ نَذَرْنَاهُمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي تَلِيهَا ؛ لَأَنَّهُ مَلَكٌ ذَلِكَ بِالْإِذْنِ . وَإِنْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الْكَبِيرَةَ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ ، لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ إِلَّا بِرِضَاهَا ؛ لَأَنَّهُ لَا^(١) يُكَافِئُهَا . وَيُخْرَجُ فِيهِ أَيْضًا وَجْهَانِ . وَإِنْ زَوَّجَهُ ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ تَزْوِيجُهَا مِمَّنْ لَا يُكَافِئُهَا . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ .

٣١٢٤ - مسألة : (وَكَذَلِكَ وَلِيُّ الْمَرْأَةِ - مِثْلُ ابْنِ الْعَمِّ وَالْمَوْلَى

الإنصاف

فائدة : قَوْلُهُ : وَإِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ مِنْ أُمِّهِ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ . بِلَا زَوَاجٍ . وَكَذَا أَيْضًا لَوْ زَوَّجَ ابْنَتَهُ الْمُجْبَرَةَ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ ، وَقُلْنَا : يَصِحُّ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ تَزْوِيجُ عَبْدِهِ بِابْنَتِهِ . وَكَذَا لَوْ زَوَّجَ وَصِيٌّ فِي نِكَاحٍ صَغِيرًا بِصَغِيرَةٍ تَحْتَ حِجْرِهِ . وَقِيلَ : يَخْتَصُّ الْجَوَازُ بِمَا إِذَا زَوَّجَ عَبْدَهُ بِأُمِّهِ .

قوله : وَكَذَلِكَ وَلِيُّ الْمَرْأَةِ - مِثْلُ ابْنِ الْعَمِّ وَالْمَوْلَى وَالْحَاكِمِ - إِذَا أُذِنَتْ لَهُ

(١) سقط من : م .

المقنع لَهُ فِي نِكَاحِهَا ، فَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ حَتَّى يُوَكَّلَ غَيْرُهُ فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ .

الشرح الكبير والحاكم - إِذَا أَذِنَتْ لَهُ فِي تَزْوِجِهَا . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ حَتَّى يُوَكَّلَ فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ (وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنْ وَلِيَّ الْمَرْأَةِ الَّتِي يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا إِذَا أَذِنَتْ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا^(١)) ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَلِيَ طَرَفِي الْعَقْدِ بِنَفْسِهِ ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنَ الْمُنْذِرِ ؛ لِمَا رَوَى الْبُخَارِيُّ^(٢) ، قَالَ : قَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ لَأُمِّ حَكِيمِ ابْنَةِ^(٣) قَارِظٍ^(٤) : أَتَجْعَلِينَ أَمْرَكَ إِلَيَّ ؟ قَالَتْ : نَعَمْ . قَالَ : قَدْ تَزَوَّجْتُكَ . وَلَأنَّهُ يَمْلِكُ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ ، فَجَازَ أَنْ يَتَوَلَّاهُمَا ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ ، وَلَأنَّهُ عَقْدٌ وَجَدَ فِيهِ الْإِيجَابُ مِنْ وَلِيِّ ثَابِتِ الْوِلَايَةِ ،

الإنصاف فِي نِكَاحِهَا . يَعْنِي ، أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » ، وَالْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارْحُ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ حَتَّى يُوَكَّلَ غَيْرُهُ فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ بِإِذْنِهَا . قَالَهُ

(١) فِي م : « يَتَزَوَّجُهَا » .

(٢) معلقاً بصيغة الجزم ، فِي : بَابُ إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ هُوَ الْخَاطِبُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١/٧ . وَوَصَلَهُ ابْنُ سَعْدٍ ، فِي : الطَّبَقَاتِ الْكُبْرَى ٤٧٢/٨ . وَصَحَّحَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٢٥٦/٦ .

(٣) فِي م : « امْرَأَةٌ » .

(٤) النسختين : « قَارِظٌ » .

وَالْقَبُولُ مِنْ زَوْجٍ هُوَ أَهْلٌ لِلْقَبُولِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ جِذَا مِنْ رَجُلَيْنِ . وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ ، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا^(١) . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « كُلُّ نِكَاحٍ لَا يَحْضُرُهُ أَرْبَعَةٌ فَهُوَ سِفَاحٌ ؛ زَوْجٌ ، وَوَلِيٌّ ، وَشَاهِدَانِ »^(٢) . قُلْنَا : هَذَا لَا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، وَلَوْ [١٠٥/٦] صَحَّ كَانَ مَخْصُوصًا بِمَا إِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ أُمَّتَهُ ، فَيَتَعَدَّى التَّخْصِصُ إِلَى مَحَلِّ النِّزَاعِ . وَهَلِ^(٣) يَفْتَقِرُ إِلَى ذِكْرِ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَهَلِ^(٤) يُكْتَفَى بِمَجَرَّدِ الْإِجَابِ ؟ « فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ : زَوَّجْتُ نَفْسِي فَلَانَةَ ، وَقَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ »^(٥) . لِأَنَّ مَا

فِي « الْمُتَوَرِّ » . اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَأَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي فِي « تَعْلِيْقِهِ » ، وَالشَّرِيفُ وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِيْهِمَا » . وَقَدَّمَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : لَمْ يَصِحَّ فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذِهِ الرَّوَايَةُ أَشْهُرُهُمَا وَأَنْصَبُهُمَا . نَصَّ عَلَيْهَا ، فِي رِوَايَةٍ ، ثَمَانِيَّةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُتَوَرِّ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » . وَقِيلَ : يَجُوزُ تَوَلَّى طَرَفَهُ لغيرِ زَوْجٍ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ هُوَ الْإِمَامُ . ذَكَرَهُ أَبُو حَفْصٍ الْبَرْمَكِيُّ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : مَتَى قُلْنَا : لَا يَصِحُّ مِنَ الْوَلِيِّ تَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ . لَمْ يَصِحَّ عَقْدٌ وَكَيْلُهُ لَهُ ، إِلَّا الْإِمَامُ

(١) انظر حديث أنس المتقدم في صفحة ٦٦ .

(٢) أخرجه الدارقطني بنحوه عن عائشة ، في : كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٢٢٥/٣ . وانظر : الإرواء ٢٦١/٦ .

(٣) في م : « هو » .

(٤) في الأصل : « وبل » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

اِفْتَقَرَ إِلَى الْإِيجَابِ اِفْتَقَرَ إِلَى الْقَبُولِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . والثاني ، يَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ : زَوَّجْتُ نَفْسِي فُلَانَةً . أَوْ : تَزَوَّجْتُ فُلَانَةً . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبي حنيفة ؛ لحديثِ عبدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ ، ولأنَّ إِيْجَابَهُ يَتَضَمَّنُ الْقَبُولَ ، فَأُشْبِهَ إِذَا تَقَدَّمَ الِاسْتِدْعَاءُ ، وَلِهَذَا قُلْنَا : إِذَا قَالَ لِأُمَّتِهِ : اُعْتَقْتُكَ ، وَجَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . اِنْعَقَدَ النِّكَاحُ بِمُجَرَّدِ هَذَا الْقَوْلِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ، وَلَكِنْ يُوكِّلُ رَجُلًا يُزَوِّجُهُ إِيَّاهَا بِإِذْنِهَا . ذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : لَا يُزَوِّجُ نَفْسَهُ حَتَّى يُوَلِّيَ رَجُلًا ، عَلَى حَدِيثِ الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ . وَهُوَ مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(١) بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُمَيْرٍ ، أَنَّ الْمُغِيرَةَ بْنَ شُعْبَةَ أَمَرَ رَجُلًا يُزَوِّجُهُ امْرَأَةً الْمُغِيرَةِ أَوْلَى بِهَا مِنْهُ . وَلِأَنَّهُ عَقَدَ مَلَكَهَ بِالْإِذْنِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِيهِ ، كَالْبَيْعِ . وَبِهَذَا فَارَقَ مَا إِذَا زَوَّجَ أُمَّتَهُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ . وَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، إِنْ وَكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّكَاحَ ، وَتَوَلَّى هُوَ الْإِيجَابَ ، جَازَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي ابْنِ الْعَمِّ وَالْمَوْلَى : لَا يُزَوِّجُهُمَا إِلَّا الْحَاكِمُ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ

إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً لَيْسَ لَهَا وَلِيٌّ ، فَإِنَّهُ يَتَزَوَّجُهَا بِوَلَايَةِ أَحَدِ نَوَابِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ نَوَابٌ عَنْ الْمُسْلِمِينَ لَا عَنْهُ . اِنْتَهَى . وَأُطْلِقَ فِي « التَّرْغِيبِ » رِوَايَتَيْنِ فِي تَوَلَّى طَرَفِيهِ ، ثُمَّ قَالَ : وَقِيلَ : تَوَلَّى طَرَفِيهِ يَخْتَصُّ بِالْمُجْبَرِ .

فَالثَّانِي ؛ إِحْدَاهُمَا ، مِنْ صَوَرِ تَوَلَّى الطَّرَفَيْنِ ، لَوْ وَكَّلَ الزَّوْجُ الْوَلِيَّ ، أَوِ الْوَلِيَّ

(١) الْحَدِيثُ لَيْسَ عِنْدَ أَبِي دَاوُدَ . انْظُرْ فَتْحَ الْبَارِي ١٨٨/٩ . وَعَلَقَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ هُوَ الْخَاطِبُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١/٧ . وَوَصَلَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٢٠١/٦ ، ٢٠٢ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ فِي : سَنَنِهِ ١٥٣/١ .

يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ، وَلَا أَنْ يُوَكَّلَ مَنْ يُزَوِّجُهُ ؛ لِأَنَّ وَكَيْلَهُ بِمَنْزِلَتِهِ ، وَهَذَا عَقْدٌ مَلَكَهَ بِالِإِذْنِ ، فَلَا يَتَوَلَّى طَرَفِيهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُزَوِّجَهُ مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ مِنْ أَوْلِيَائِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمْ مَعَ وجودِهِ . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ فِعْلِ الصَّحَابَةِ ، وَلَمْ يَظْهَرْ خِلَافُهُ ، وَلِأَنَّ وَكَيْلَهُ يَجُوزُ أَنْ يَلِيَ الْعَقْدَ عَلَيْهَا لِغَيْرِهِ ، فَصَحَّ أَنْ يَلِيَهُ عَلَيْهَا لَه إِذَا كَانَتْ تَحِلُّ لَه ، كَالِإِمَامِ إِذَا أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُوَلَّيَّتَهُ ، وَلِأَنَّ هَذِهِ امْرَأَةٌ لَهَا وَلِيٌّ حَاضِرٌ غَيْرُ عَاضِلٍ ، فَلَمْ يَلَهُ الْحَاكِمُ ، كَمَا لو أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَهَا غَيْرُهُ . وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ » ^(١) . أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى هَذِهِ ، وَالْبَيْعُ مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّ الْوَكِيلَ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَا وَكَّلَ فِي بَيْعِهِ بِإِذْنِ الْمُوَكَّلِ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ أَذِنَتْ لَه فِي تَزْوِيجِهَا ، وَلَمْ تُعَيِّنِ الزَّوْجَ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُزَوِّجَهَا نَفْسَهُ ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ الْإِذْنِ يَقْتَضِي تَزْوِيجَهَا غَيْرَهُ ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُهَا لَوْلَدِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ . فَإِنْ زَوَّجَهَا لِابْنِهِ الْكَبِيرِ ، قَبِلَ لِنَفْسِهِ ، وَإِنْ زَوَّجَهَا

الزَّوْجَ ، أَوْ وَكَّلَا وَاحِدًا . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ - وَهُوَ جَوَازُ [١٨/٣] تَوَلَّى الطَّرَفَيْنِ - يَكْفِي قَوْلُهُ : زَوَّجْتُ فُلَانًا فُلَانَةً . أَوْ : تَزَوَّجْتُهَا . إِنْ كَانَ هُوَ الزَّوْجَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُجَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْبَوَازِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرَكَشِيِّ » ، وَقَالَ : هُوَ الْمَشْهُورُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ . وَقِيلَ : يُعْتَبَرُ إِجَابٌ وَقَبُولٌ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْبُلْغَةِ » . فَيَقُولُ : زَوَّجْتُ نَفْسِي فُلَانَةً . وَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . وَنَحْوَهُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ لَوَلِيٍّ

(١) تقدم تخريجه في ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكَ ، وَجَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . صَحَّ .
وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَتِهَا .

لَا يَنْبَغُ الصَّغِيرَ ، فِيهِ الرُّوَايَتَانِ فِي تَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَتَوَلَّاهُ .
فَوَكَّلَ رَجُلًا يُزَوِّجُهَا لَوْلَدِهِ ، وَقَبْلَ هُوَ النِّكَاحُ لَهُ ، افْتَقَرَ إِلَى إِذْنِهَا لِلْوَكِيلِ ،
عَلَى مَا قَدَّمْنَا فِي أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا . وَإِنْ وَكَّلَ رَجُلًا يَقْبَلُ
النِّكَاحَ لَوْلَدِهِ ، وَأَوْجَبَ هُوَ النِّكَاحَ ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى إِذْنِهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ أُذِنَتْ
لَهُ .

٣١٢٥ - مسألة : (وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكَ ، وَجَعَلْتُ
عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . صَحَّ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ
قِيمَتِهَا) وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : جَعَلْتُ عِتْقَ أَمَتِي صَدَاقَهَا . ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ
الرَّجُلَ مَتَى أَعْتَقَ [١٠٥/٦ ط] أَمَتَهُ ، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا ، فَهُوَ نِكَاحٌ
صَحِيحٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رَوَايَةِ جَمَاعَةٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُ . وَفَعَلَهُ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَأَبُو سَلَمَةَ
ابْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَإِسْحَاقُ .

الْمُجْبَرَةُ ؛ كَيْنَتْ عَمَّهُ الْمَجْنُونَةُ ، وَعَتِيقَتُهُ الْمَجْنُونَةُ ، نِكَاحُهَا بِلَا وَلِيٍّ غَيْرِهِ أَوْ
حَاكِمٍ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : لَا يَجُوزُ ، بِلَا نِزَاعٍ . وَقَالَ
فِي « الرِّعَايَةِ » : كَيْنَتْ عَمَّهُ الْمَجْنُونَةُ . وَقِيلَ : وَعَتِيقَتُهُ الْمَجْنُونَةُ .

قَوْلُهُ : وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكَ وَجَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . صَحَّ . هَذَا
الْمَذْهَبُ ، نَصَّ عَلَيْهِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَنْصُوصُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ
اللَّهُ ، وَالْمَشْهُورُ عَنْهُ . رَوَاهُ عَنْهُ اثْنَا عَشَرَ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِهِ ؛ مِنْهُمْ ابْنَاهُ عَبْدُ اللَّهِ

وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ حَتَّى يَسْتَأْنِفَ نِكَاحَهَا بِإِذْنِهَا ، فَإِنْ أَبَتْ ذَلِكَ [٢٠٤ ظ] فَعَلَيْهَا قِيمَتُهَا .

الشرح الكبير

٣١٢٦ - مسألة : (وعنه ، لَا يَصِحُّ حَتَّى يَسْتَأْنِفَ نِكَاحَهَا بِإِذْنِهَا ، فَإِنْ أَبَتْ ، فَعَلَيْهَا قِيمَتُهَا) قَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : يَلْزِمُهَا أَنْ تَتَزَوَّجَهُ . وَرَوَى الْمَرْوُذِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ، إِذَا أَعْتَقَ أَمَتَهُ ، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا ، يُوَكِّلُ رَجُلًا يُزَوِّجُهُ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَمْ يَحْكَمْ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هِيَ الصَّحِيحَةُ . وَاخْتَارَهَا الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ إِجْبَابٌ وَقَبُولٌ ، فَلَمْ يَصَحَّ لِعَدَمِ أَرْكَانِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُكَ . وَسَكَتَ ، وَلِأَنَّهَا بِالْعِتْقِ تَمْلِكُ نَفْسَهَا ،

الإنباف

وَصَالِحٌ ، وَمِنْهُمْ الْمَيْمُونِيُّ ، وَالْمَرْوُذِيُّ ، وَابْنُ الْقَاسِمِ ، وَحَرْبٌ . وَهُوَ الْمُخْتَارُ لِجُمْهُورِ الْأَصْحَابِ ؛ الْخِرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَالْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ . قَالَ فِي « التَّلْعِيقِ » : هُوَ الْمَشْهُورُ مِنْ قَوْلِ الْأَصْحَابِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . قَالَ ابْنُ مُنَجِّجٍ فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْإِرْشَادِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْمُنَوِّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ حَتَّى يَسْتَأْنِفَ نِكَاحَهَا بِإِذْنِهَا ، فَإِنْ أَبَتْ ذَلِكَ ، فَعَلَيْهَا قِيمَتُهَا . اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَالْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَ « رَوَايَتِهِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي كُتُبِهِ الثَّلَاثَةِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَقَالَ : إِنَّهُ الْأَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِدِهِ » : فَمِنْهُمْ مَنْ مَأْخَذُهُ انْتِفَاءُ لَفْظِ

فَيَجِبُ أَنْ يُعْتَبَرَ رِضَاها ، كما لو فَصَلَ بَيْنَهُما ، ولأنَّ الْعِتْقَ يُزِيلُ مِلْكَهُ عَنْ
الاسْتِمْتاعِ بِحُكْمِ الْمَلِكِ ، فلا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَبِيحَ الْوَطْءَ بِنَفْسِ الْمُسَمَّى ،
فإنَّهُ لو قال : بِعْتُكَ هَذِهِ الْأَمَةَ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِيها بِالْثَّمَنِ . لم يَصِحَّ . ولنا ،
ما رَوَى أَنَسٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةً ، وَجَعَلَ عِتْقُها صَدَاقَها .
مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَفِي لَفْظٍ : أَعْتَقَها وَتَزَوَّجَها . فَقُلْتُ : يا أبا حَمْرَةَ ، ما
أَصْدَقَها ؟ قال : نَفْسَها ، عِتْقَها . وَرَوَى الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ صَفِيَّةَ ،
قَالَتْ : أَعْتَقَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَجَعَلَ عِتْقِي صَدَاقِي ^(٢) . وبإِسْنَادِهِ عَنْ
عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : إِذَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِهِ ، فَجَعَلَ
عِتْقَها صَدَاقَها ، فلا بَأْسَ بِذَلِكَ . وَمَتَى ثَبَتَ الْعِتْقُ صَدَاقًا ، ثَبَتَ النِّكَاحُ ؛
لأنَّ ^(٣) الصَّدَاقَ لا يَتَقَدَّمُ النِّكَاحَ ، وَلَوْ تَأَخَّرَ الْعِتْقُ عَنِ النِّكَاحِ لم يَجْزُ ،

الشرح الكبير

النِّكَاحُ الصَّرِيحُ ؛ وَهُوَ ابْنُ حَامِدٍ ، وَمِنْهُمْ مَنْ مَأْخُذُهُ انْتِفَاءُ تَقَدُّمِ الشَّرْطِ . فعلى
الرُّوَايَةِ الثَّانِيَةِ ، يَكُونُ مَهْرُها الْعِتْقُ . وَقِيلَ : بَلْ مَهْرُ الْمِثْلِ . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَةِ » .
فعلى المذهب ، يَصِحُّ عَقْدُ النِّكَاحِ مِنْهُ وَحْدَهُ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : إِخْدَى
الرُّوَايَتَيْنِ ، أَنَّهُ يَسْتَأْنِفُ الْعَقْدَ عَلَيْها بِإِذْنِها وَإِذْنِها وَرِضَاها ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ عَلَى
هَذَا الشَّرْطِ ، فَيُوكَّلُ مَنْ يَعْقِدُ لَهُ النِّكَاحَ بِأَمْرِهِ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ
اللَّهُ : وَهُوَ حَسَنٌ . وَكَلَامُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ الْمَرْوُذِيِّ يَدُلُّ عَلَيْهِ
لَمَنْ تَأَمَّلَهُ .

الإنصاف

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٦٦ .

(٢) أخرجه أبو يعلى ، في : مسنده ٣٥/١٣ . والطبراني ، في : المعجم الكبير ٧٤/٢٤ . وانظر الإرواء
٢٥٧/٦ ، ٢٥٨ .

(٣) سقط من : الأصل .

فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ اِنْعَقَدَ بِهَذَا اللَّفْظِ ، وَلَأنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ اسْتَأْنَفَ عَقْدًا ، وَلَوْ اسْتَأْنَفَهُ لَظَهَرَ ، وَنُقِلَ كَمَا نُقِلَ غَيْرُهُ ، وَلَأنَّ مَنْ جَازَ لَهُ تَزْوِيجُ امْرَأَةٍ لَغَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ قَرَابَةٍ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، كَالِإِمَامِ . وَقَوْلُهُمْ : لَمْ يُوجَدْ إِيحَابٌ وَلَا قَبُولٌ . عَدِيمُ الْأَثَرِ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ وُجِدَ لَمْ يَحْكُمُوا بِصِحَّتِهِ ، وَعَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُوجَدْ فَقَدْ وُجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ ، وَهُوَ جَعْلُ الْعِتْقِ صَدَاقًا ، فَاشْتَبَهَ مَا^(١) لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً هُوَ وَلِيُّهَا ، أَوْ^(٢) قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِيِّ : أَرْوَجْتَ ؟ قَالَ : نَعَمْ^(٣) . عِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَكَأَنَّ لَوْ أَتَى بِالْكِنَايَاتِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَنْ وَافَقَهُ .

فصل : ولا فرق بين أن يقول : أَعْتَقْتُكَ وَجَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ ، وَتَزَوَّجْتُكَ . أَوْ لَا يَقُولَ : وَتَزَوَّجْتُكَ . وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : جَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . أَوْ^(٤) : جَعَلْتُ صَدَاقَكَ عِتْقَكَ . كَذَلِكَ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ .

فوائد ؛ الأولى ، لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ صُورٌ ؛ مِنْهَا ، مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَنَقَلَهُ صَالِحٌ وَغَيْرُهُ . وَمِنْهَا ، لَوْ قَالَ : جَعَلْتُ عِتْقَ أُمْتِي صَدَاقَهَا . أَوْ : جَعَلْتُ صَدَاقَ أُمْتِي عِتْقَهَا . أَوْ : قَدْ أَعْتَقْتُهَا وَجَعَلْتُ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا . أَوْ : أَعْتَقْتُهَا عَلَى أَنَّ عِتْقَهَا صَدَاقُهَا . أَوْ : أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنَّ أَتَزَوَّجُكَ ، وَعِتْقَكَ صَدَاقَكَ . نَصٌّ عَلَيْهِمَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِذَلِكَ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَأَنْ يَكُونَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « ولو » .

(٣) بعده في م : « صح » .

(٤) في م : « و » .

وَنَصَّ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ صَالِحَةٍ : إِذَا قَالَ : جَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . أَوْ : صَدَاقَكَ عِتْقَكَ . كُلُّ^(١) ذَلِكَ جَائِزٌ . وَيُشْتَرَطُ لَصِحَّةِ النِّكَاحِ أَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَهُمَا فَضْلٌ ، فَلَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُكَ . وَسَكَتَ سُكُوتًا يُمَكِّنُهُ الْكَلَامُ فِيهِ ، أَوْ تَكَلَّمَ بِكَلَامٍ أَجْنَبِيٍّ ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِالْعِتْقِ حُرَّةً ، فَتَحْتَاجُ^(٢) أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِرِضَاهَا بِعَقْدٍ وَصَدَاقٍ جَدِيدٍ . وَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِ شَاهِدَيْنِ إِذَا [١٠٦/٦] قُلْنَا بِاشْتِرَاطِ الشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ . نَصٌّ عَلَى ذَلِكَ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ؛ لِقَوْلِهِ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ »^(٣) .

فصل : وإذا قلنا بصحة النكاح ، فطلقها قبل الدخول ، رجع عليها

بَحْضَرَةَ شَاهِدَيْنِ إِنْ اشْتَرَطْنَاهُمَا . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يَصِحُّ ذَلِكَ إِلَّا مَعَ قَوْلِهِ أَيْضًا : وَتَزَوَّجْتُهَا . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : يَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يَصِحَّ الْعِتْقُ ، إِذَا قَالَ : جَعَلْتُ عِتْقَكَ صَدَاقَكَ . فَلَمْ يَقْبَلْ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَصِرْ صَدَاقًا ، وَهُوَ لَمْ يُوقِعْ غَيْرَ ذَلِكَ . وَيَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يَصِحَّ ، وَإِنْ قِيلَتْ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْقَبُولَ لَا يَصِيرُ بِهِ الْعِتْقُ صَدَاقًا ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ مَا قَالَ . وَيَتَوَجَّهُ فِي قَوْلِهِ : قَدْ أَعْتَقْتُهَا ، وَجَعَلْتُ عِتْقَهَا صَدَاقًا . أَنَّهَا إِنْ قِيلَتْ ، صَارَتْ زَوْجَةً ، وَإِلَّا عَتَقَتْ مَجَانًا ، أَوْ لَمْ تَعْتَقْ بِحَالٍ ؛ الثَّانِيَةُ ، قَوْلُهُ : فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ، رَجَعَ عَلَيْهَا يَنْصِفُ قِيمَتَهَا . بِلَا نِزَاعٍ . وَنَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ . لَكِنْ إِذَا لَمْ تَكُنْ قَادِرَةً ، فَهَلْ يَنْتَظِرُ الْقُدْرَةَ ، أَوْ يُسْتَسْعَى ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » . قَالَ

(١) فِي م : « كَان » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « إِلَى » .

(٣) أَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ ، فِي : الْمَعْجَمِ الْكَبِيرِ ١٥٥/١١ . عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَزَاهُ لَهُ الْهَيْثَمِيُّ فِي الْأَوْسَطِ وَالْكَبِيرِ عَنْ أَبِي مُوسَى ، وَضَعَفَ إِسْنَادُهُمَا . مَجْمَعُ الزَّوَائِدِ ٢٨٦/٤ .

يَنْصِفُ قِيمَتَهَا ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ قَبْلَ الدُّخُولِ يُوجِبُ الرُّجُوعَ فِي نِصْفِ مَا فَرَضَ لَهَا ، وَقَدْ فَرَضَ لَهَا نَفْسَهَا ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الرُّجُوعِ فِي الرِّقِّ بَعْدَ زَوَالِهِ ، فَرَجَعَ يَنْصِفُ قِيمَةَ نَفْسِهَا . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْحَكَمُ ^(١) . وَقَالَ الْأَوْزَاعِيُّ : يَرْجَعُ بِقِيمَتِهَا ^(٢) . وَلَنَا ، أَنَّهُ طَلَاقٌ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَأَوْجَبَ الرُّجُوعَ بِالنِّصْفِ ، كَسَائِرِ الطَّلَاقِ . وَتُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ حَالَةَ الْإِعْتَاقِ ؛ لِأَنَّهَا حَالَةُ الْإِتْلَافِ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَادِرَةً عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ ، فَهَلْ تُسْتَسْعَى فِيهَا ،

القاضي ، والمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ : أَصْلُهُمَا الْمُفْلِسُ إِذَا كَانَ لَهُ حِرْفَةٌ ، هَلْ يُجْبَرُ عَلَى الْاِكْتِسَابِ ؟ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيهِ . وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْحَجْرِ ، أَنَّ الصَّحِيحَ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ ، فَيَكُونُ الصَّحِيحُ هُنَا أَنَّهَا تُسْتَسْعَى . الثَّالِثَةُ ، لَوْ أَعْتَقَتِ الْمَرْأَةُ عَبْدَهَا عَلَى أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بِسُؤَالِهِ أَوْ لَا ، عَتَقَ مَجَانًا . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ مِنْ كِتَابِ الصَّدَاقِ . وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي عَلَى أَنْ أَزُوجَكَ ابْنَتِي أَوْ أُمَّتِي . ففَعَلَ ، عَتَقَ وَلَزِمَهُ قِيمَتُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَمْوَالَ لَا يُسْتَحَقُّ الْعَقْدُ عَلَيْهَا بِالشَّرْطِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ [١٨/٣ ظ] ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ : لِأَنَّهُ سَلَفٌ فِي نِكَاحٍ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : يَتَوَجَّهُ صِحَّةُ السَّلَفِ فِي الْعُقُودِ ، كَمَا يَصِحُّ فِي غَيْرِهِ ، وَيَصِيرُ الْعَقْدُ مُسْتَحَقًّا عَلَى الْمُسْتَسْلِفِ إِنْ فَعَلَ ، وَإِلَّا قَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ ، وَلِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ الْمَشْرُوطِ فِيهَا الثَّوَابُ . الرَّابِعَةُ ، الْمُكَاتَبَةُ وَالْمُدَبَّرَةُ وَالْمَعْلُوقُ عَتَقُهَا بِصِفَةٍ ، كَالْقَيْنِ فِي جَعْلٍ عَتَقَهُنَّ صَدَاقَهُنَّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَغَيْرُهُمَا مِنَ الْأَصْحَابِ ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَ الرِّقِّ ثَابِتَةٌ فِيهِنَّ كَالْقَيْنِ . وَذَكَرَ أَبُو الْحُسَيْنِ اِخْتِمَالًا فِي الْمُكَاتَبَةِ ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ بَدُونُ إِذْنِهَا . قَالَ الْعَلَّامَةُ ابْنُ رَجَبٍ : وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ

(١) فِي م : « الْحَاكِم » .

(٢) فِي الْمَعْنَى ٤٥٥/٩ : « بَرَعَ قِيمَتَهَا » .

أو تكون دَيْتًا تُنْظَرُ به إلى حالة القُدْرَةِ ؟ على رَوَايَتَيْنِ . وإن قلنا : إنَّ النِّكَاحَ لا يَنْعَقِدُ بهذا القولِ . فعلِها قِيَمَةٌ نَفْسِهَا ؛ لأنَّه أزالَ مِلْكَه بَعْوَضٍ لم يُسَلِّمْ له ، فَرجَعَ إلى قِيَمَةِ الْمُفَوَّتِ ، كالْبَيْعِ الْفَاسِدِ . وكذلك إن قلنا : إنَّ النِّكَاحَ انْعَقَدَ به . فَارْتَدَّتْ « قَبْلَ الدُّخُولِ » ، أو فَعَلَتْ ما يَنْفَسِخُ به نِكَاحُها ، مثْلَ أنْ أرْضَعَتْ زَوْجَةً له صَغِيرَةً ، ونحو ذلك ، انْفَسَخَ نِكَاحُها ، وعليها قِيَمَةٌ نَفْسِها .

الإمام أحمد ، رَحِمَهُ اللهُ ، نصَّ في رِوَايَةِ المَرْوُذِيِّ أنَّها لا تُجْبَرُ على النِّكَاحِ . وأمَّا الْمُعْتَقُ بَعْضُها ، فَصرَّحَ القاضِي في « المُجَرَّدِ » بأنَّها كالْقَيْنِ في ذلك ، وَتَبِعَهُ ابنُ عَقِيلٍ ، والحَلَوَانِيُّ . وأمَّا أُمُّ الْوَلَدِ ، فَقَطَعَ القاضِي في « المُجَرَّدِ » ، و « الجامِعِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والأَكْثَرُونَ أنَّها كالْقَيْنِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى ، في رِوَايَةِ الأَثَرِمِ ؛ فَإِنَّه قالَ في رَجُلٍ : يَغْتَقُها وَيَتَزَوَّجُها ؟ فقال : نعم ، يَغْتَقُها وَيَتَزَوَّجُها ؛ لأنَّ أَحْكامَها أَحْكامُ الإماءِ . وهذا الْعِتْقُ الْمُعْجَلُ ليس هو الْمُسْتَحَقُّ بِالْمَوْتِ ؛ ولهذا يَصِحُّ كِتَابَتُها ، على الصَّحِيحِ مِنَ المَذْهَبِ . وقيل : لا يَصِحُّ جَعْلُ عِتْقِها صَدَاقَها . وَصرَّحَ به القاضِي على ظَهْرِ « خِلَافِهِ » ، مُعَلِّلاً بأنَّ عِتْقَها مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ ، فيكونُ الصَّدَاقُ هو تَعْجِيلُهُ ، وذلك لا يكونُ صَدَاقًا . قالَ الْخَلَّالُ : قالَ هَارُونُ الْمُسْتَمْلِيُّ ^(١) لأحمدَ : أُمُّ وَلَدٍ أَعْتَقَها مَوْلَها ، وأَشْهَدَ على تَزْوِيجِها ، ولم يُعْلِمْها ؟ قالَ : لا ، حتى يُعْلِمَها . قلتُ : فَإِنْ كانَ قد فَعَلَ ؟ قالَ : يَسْتَأْنِفُ التَّزْوِيجَ الآنَ ، وإلَّا فَإِنَّه لا تَحِلُّ له حتى يُعْلِمَها ، فَلَعَلَّها لا

(١ - ١) في م : « قبله » .

(٢) هو هارون بن سفيان بن راشد المستملي ، أبو سفيان ، يعرف بمكحلة . قال الخلال : رجل قديم مشهور معروف ، عنده عن أبي عبد الله مسائل كثيرة ، ومات ولم يحدث بها . توفي سنة أربع وعشرين وسبعمائة . طبقات الخنابلة ٣٩٥/١ .

فصل : وإن قال لأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي نَفْسَكَ ، وَيَكُونَ عِتْقُكَ صَدَاقَكَ . أَوْ لَمْ يَقُلْ : وَيَكُونَ عِتْقُكَ صَدَاقَكَ^(١) . فَقَبِلَتْ ، عَتَقَتْ ، وَلَمْ يَلْزَمْهَا أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ فِي نِكَاحٍ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا ، كَمَا لَوْ أَسْلَفَ حُرَّةً أَلْفًا عَلَى أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، وَلِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهَا^(٢) مِنَ الْخِيَارِ قَبْلَ وُجُودِ سَبَبِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ ، كَالشَّفِيعِ يُسْقِطُ شَفَعَتَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ . وَيَلْزَمُهَا قِيَمَةُ نَفْسِهَا . أَوْ مَأً إِلَيْهِ أَحَدٌ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَزَالَ مِلْكَهُ مِنْهَا بِشَرْطِ عَوَضٍ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ^(٣) ، فَاسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ بِقِيَمَتِهِ ، كَالْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِذَا تَلَفَتِ السَّلْعَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ،

تَرِيدُ أَنْ تُتَزَوَّجَ ، وَهِيَ أَمْلَكَ بِنَفْسِهَا . فَيَحْتَمِلُ ذَلِكَ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَعْتَقَهَا مُنْجِزًا ، ثُمَّ عَقَدَ عَلَيْهَا النِّكَاحَ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ لِقَطْعِهِ . الْخَامِسَةُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَوْ أَعْتَقَهَا وَزَوَّجَهَا لغيرِهِ ، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا ، فِقْيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّتُهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مَخْصُوصًا بِالسَّيِّدِ . السَّادِسَةُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُ أُمَّتِي ، وَزَوَّجْتُكَهَا عَلَى أَلْفٍ . فِقْيَاسُ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُهُ ؛ فَإِنَّهُ مِثْلُ قَوْلِهِ : أَعْتَقْتُهَا وَأَكْرَيْتُهَا مِنْكَ سَنَةً بِأَلْفٍ . وَهَذَا بِمَنْزِلَةِ اسْتِثْنَاءِ الْخِدْمَةِ . السَّابِعَةُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : إِذَا قَالَ : أَعْتَقْتُكَ وَتَزَوَّجْتُكَ عَلَى أَلْفٍ . فَيَنْبَغِي أَنْ يَصَحَّ النِّكَاحُ هُنَا ، إِذَا قِيلَ بِهِ فِي إِصْدَاقِ الْعِتْقِ بِطَرِيقِ أَوَّلَى . وَعَلَلَهُ . الثَّامِنَةُ ، قَالَ الْأَرْجِيُّ فِي « النَّهَائَةِ » : إِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تُتَزَوَّجَنِي . فَقَالَتْ : رَضِيتُ بِذَلِكَ . نَفَذَ الْعِتْقُ ، وَلَمْ يَلْزَمْهَا الشَّرْطُ ، بَلْ هِيَ بِالْخِيَارِ فِي الزَّوْاجِ وَعَدَمِهِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « حقه » .

الشرح الكبير والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدُّخُول . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَلْزَمَهَا شَيْءٌ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا قَالَ لَعَبْدِهِ : أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي أَلْفًا . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَزُفَرٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِلَفْظِ شَرْطٍ ، فَأَشْبَهَ مَالُو قَالَ : أَعْتَقْتُكَ ، وَزَوْجِيَنِي نَفْسِكَ . وَتُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ حَالَةَ الْعِتْقِ ، وَيُطَالِبُهَا فِي الْحَالِ إِنْ كَانَتْ قَادِرَةً عَلَيْهَا . وَإِنْ كَانَتْ مُعْسِرَةً ، فَهَلْ تُنْظَرُ إِلَى الْمَيْسِرَةِ أَوْ تُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، أَصْلُهُمَا فِي الْمُفْلِسِ هَلْ يُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ^(١) .

فصل : وَإِنْ اتَّفَقَ السَّيِّدُ وَالْأَمَةُ عَلَى أَنْ يُعْتَقَهَا وَتُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ، فَتَزَوَّجَهَا عَلَى ذَلِكَ ، صَحَّ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا غَيْرَ مَا شَرَطَ مِنَ الْعِتْقِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَكُونُ الْعِتْقُ صَدَاقًا ، لَكِنْ إِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى الْقِيَمَةِ الَّتِي لَهَا ^(٢) فِي ذِمَّتِهَا ، وَهِيَ يَعْلَمَانِ الْقِيَمَةَ ، صَحَّ الصَّدَاقُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعِتْقَ صَلَحَ ^(٣) صَدَاقًا فِي حَقِّ النَّبِيِّ ﷺ ، فَيَجُوزُ فِي حَقِّ أُمَّتِهِ ، كَالدَّرَاهِمِ ، وَلِأَنَّهُ يَصْلُحُ عَوَضًا فِي الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ : [١٠٦/٦ ط] أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَلَى أَلْفٍ . جَازَ ، فَلَا أَنْ يَكُونَ عَوَضًا فِي النِّكَاحِ أَوْ لَى ؛ فَإِنَّ النِّكَاحَ لَا يَقْصَدُ فِيهِ الْعَوَضُ . وَعَلَى هَذَا ، لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يُعْتَقَ أَبَاهَا ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْعِتْقَ يَصِيرُ صَدَاقًا ،

الإِنصاف يَلْزَمُهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . التَّاسِعَةُ ، قَالَ الْقَاضِي : لَوْ قَالَ الْأَبُ ابْتِدَاءً : زَوَّجْتُكَ

(١) انظر ما تقدم في ٣٣٩/١٣ - ٣٤٢ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

كألو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه . فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع ، لم يُجبر ، وكانت له القيمة ؛ لأنها إذا لم تُجبر على تزويجها نفسها ، لم يُجبر هو على قبولها . وحكم المدبرة والمُعَلَّق عتقها بصفة^(١) وأم الولد ، حكم الأمة القن في جميع ما ذكرناه .

فصل : ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها ، سواء أعتقها لوجه الله تعالى ، أو أعتقها ليتزوجها . وكره أنس تزوج^(٢) من أعتقها لوجه الله تعالى . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : روى شعبة ، عن قتادة ، عن أنس ، أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها^(٣) ؟ قال : نعم ، ذاك إذا أعتقها لله ، كره أن يرجع في شيء منها^(٤) . ولنا ، ما روى أبو موسى ، قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ ، فَعَلَّمَهَا ، وَأَحْسَنَ إِلَيْهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا ، وَتَزَوَّجَهَا ، فَذَلِكَ لَهُ أَجْرَانِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٥) . ولأنه إذا

الإنصاف

انبتى على عتق أمته . فقال : قَبِلْتُ . لم يَمْتَنِعْ أَنْ يَصَحَّ .

(١) في الأصل : « على صفة » .

(٢) في م : « تزويج » .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ١٥٧/٤ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب تعليم الرجل أمته وأهله ، من كتاب العلم ، وفي : باب فضل من أدب جاريته وعلمها ، من كتاب العتق ، وفي : باب فضل من أسلم من أهل الكتابين ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب : « واذكر في الكتاب مريم ... » ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب اتخاذ السراي ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ١ / ٣٥ ، ٣ / ١٩٥ ، ٤ / ٧٤ ، ٢٠٤ ، ٧ / ٧ . ومسلم ، في : باب وجوب الإيمان برسالة نبينا محمد ﷺ ... ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١ / ١٣٤ ، ١٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٣/١ . وابن ماجه ، في : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٩/١ . والدارمي ، في : باب فضل من أعتق أمة ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٥ ، ١٥٤/٢ . والإمام أحمد ، في : =

فصل : الرابع ، الشهادة . فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ ،
ذَكَرَيْنِ ، بِالْعَيْنِ ، عَاقِلَيْنِ ، وَإِنْ كَانَا ضَرِيرَيْنِ .

تَزَوَّجَهَا ، فَقَدْ أَحْسَنَ إِلَيْهَا بِإِعْفَائِهَا^(١) وَصِيَانَتِهَا ، فَلَمْ يُكْرَهُ ، كَمَا لَوْ
زَوَّجَهَا غَيْرَهُ ، وَلَيْسَ فِي هَذَا رُجُوعٌ فِيمَا جُعِلَ لِلَّهِ ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَتَزَوَّجُهَا
بِصَدَاقِهَا ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ اشْتَرَى مِنْهَا شَيْئًا .

فصل : وَإِذَا قَالَ : أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَلَى أَنْ أَرْوِّجَكَ ابْنَتِي . فَأَعْتَقَهُ ، لَمْ
يَلْزَمُهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ ابْنَتَهُ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ سَلَفٌ فِي نِكَاحٍ ، وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ^(٣) .
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ : لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ لَهُ فِي الْعِتْقِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ أزالَ مِلْكَهُ عَنْ عَبْدِهِ بِعَوَضٍ شَرَطَهُ ، فَلَزِمَهُ عَوَضُهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ :
أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي وَعَلَى ثَمَنِهِ . وَكَمَا لَوْ قَالَ : طَلَّقَ زَوْجَتَكَ وَ^(٤) عَلَى أَلْفٍ .
فَطَلَّقَهَا . أَوْ : أَلْقَى مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَعَلَى ثَمَنِهِ . وَبِهَذِهِ الْأُصُولِ يَبْطُلُ
قَوْلُهُمْ : إِنَّهُ لَا فَائِدَةَ لَهُ فِي الْعِتْقِ .

فصل : قَالَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (الرَّابِعُ ، الشَّهَادَةُ ، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا
بشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ بِالْعَيْنِ عَاقِلَيْنِ ، وَإِنْ كَانَا ضَرِيرَيْنِ) المشهور عن أحمد ،

قوله : الرابع ، الشهادة ، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ . احتياطاً للنسب ، خَوْفَ
الإنكار . وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه ، أَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ مِنْ شُرُوطِ

= المسند ٣٩٥/٤ ، ٣٩٨ ، ٤٠٢ ، ٤١٤ .

(١) في الأصل : « بإعتاقها » .

(٢) في الأصل : « ابنه » .

(٣) في م : « عبد » .

(٤) سقطت الواو من النسختين ، وانظر المغنى ٤٥٩/٩ .

رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّ الشَّهَادَةَ شَرَطٌ لَصِحَّةِ النِّكَاحِ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَالْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، وَسَلَامٍ وَحَمْزَةُ ابْنِ عُمَرَ . وَبِهِ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ إِدْرِيسَ^(١) ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ مُهْدِيٍّ ، وَيَزِيدُ بْنُ هَارُونَ ، وَالْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالثَّوْرِيَّ ، وَالْأَوْزَاعِيَّ ، وَالشَّافِعِيَّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَصِحُّ بغيرِ شُهودٍ . فَعَلَهُ ابْنُ عُمَرَ ، وَالْعَبْرِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، إِذَا أَعْلَنُوهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا يَثْبُتُ فِي الشَّاهِدَيْنِ فِي النِّكَاحِ خَبَرٌ . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(٢) : وَقَدْ رُويَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ » . مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَابْنِ [١٠٧/٦] عُمَرَ^(٣) ، إِلَّا أَنَّ فِي نَقْلِهِ ذَلِكَ ضَعْفًا ، فَلَمْ أَذْكُرْهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : وَقَدْ أَعْتَقَ النَّبِيُّ ﷺ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُصَيٍّ وَتَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهودٍ^(٤) . قَالَ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ : اشْتَرَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَارِيَةً بِسَبْعَةِ أَرْوَاسٍ ، قَالَ النَّاسُ : مَا نَنْدَرِي أَتَزَوَّجَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَمْ جَعَلَهَا أُمًّا وَلَدٍ ؟ فَلَمَّا أَرَادَ

النِّكَاحَ . ذَكَرَهَا أَبُو بَكْرٍ فِي « الْمُقْنَعِ » ، وَجَمَاعَةٌ . وَأَطْلَقَهَا أَكْثَرُهُمْ . وَقَيَّدَ

(١) عَبْدُ اللَّهِ بْنُ إِدْرِيسَ بْنِ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَبُو مُحَمَّدٍ الْأَوْدِيُّ الْكُوفِيُّ ، الْإِمَامُ الْحَافِظُ الْمُقْرِئُ الْقَدْوَةُ ، شَيْخُ الْإِسْلَامِ ، كَانَ عَابِدًا فَاضِلًا ثَقَّةً ، كَانَ يَسْلُكُ فِي كَثِيرٍ مِنْ فِتْيَاهِ مَسْلَكَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ ، تَوَفَّى سَنَةَ اثْنَتَيْنِ وَتِسْعِينَ وَمِائَةً . سِيرُ أَعْلَامِ النَّبَلَاءِ ٤٢/٩ - ٤٨ .

(٢) فِي : الْقَهْمِيدِ ٨٩/١٩ .

(٣) حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ عُمَرَ أَخْرَجَهُمَا الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : سُنَنِهِ ٣/٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٥ . وَحَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ عَزَاهُ الْهَيْثَمِيُّ لِلطَّبْرَانِيِّ فِي الْأَوْسَطِ وَقَالَ : وَفِيهِ سَلِيمَانُ بْنُ أَرْقَمَ وَهُوَ مَتْرُوكٌ . جَمْعُ الزَّوَائِدِ ٢٨٦/٤ .

(٤) انْظُرْ تَخْرِيجَ حَدِيثِ أَنَسٍ صَفْحَةَ ٦٦ .

الشرح الكبير أن يَرْكَبَ حَجَّيْهَا ، فَعَلِمُوا أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . قال : فَاسْتَدَلُّوا عَلَى تَزْوِيجِهَا بِالْحِجَابِ . وقال يزيد بن هارون : أَمَرَ اللَّهُ بِالْإِشْهَادِ فِي الْبَيْعِ دُونَ النِّكَاحِ ، فَاسْتَرْطَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ الشَّهَادَةَ لِلنِّكَاحِ ^(٢) ، وَلَمْ يَشْتَرِطُوهَا لِلْبَيْعِ ^(٣) ! وَوَجْهُ الْأَوَّلَى أَنَّهُ قَدْ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ مُرْشِدٍ ، وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ ^(٤) . وَرَوَى الدَّارَقُطْنِيُّ ^(٥) عَنْ عَائِشَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ : الْوَلِيِّ ، وَالزَّوْجِ ، وَالشَّاهِدَيْنِ » . وَلِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ غَيْرُ ^(٦) الْمُتَعَاقِدَيْنِ ، وَهُوَ الْوَلَدُ ، فَاسْتَرْطَتِ الشَّهَادَةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْحَدُهُ أَبُوهُ ، فَيُضَيِّعُ نَسَبَهُ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ . فَأَمَّا نِكَاحُ النَّبِيِّ ﷺ بِغَيْرِ وَلِيٍّ وَلَا شُهَدٍ ، فَمِنْ خَصَائِصِهِ فِي النِّكَاحِ ، فَلَا يُلْحَقُ بِهِ غَيْرُهُ .

فصل : وَيُشْتَرِطُ فِي الشُّهُودِ الذُّكُورِيَّةُ ، وَالْعَدَالَةُ ، وَالْعَقْلُ ،

الإنصاف المَجْدُوجُوعَةُ مِنَ الْأَصْحَابِ بِمَا إِذَا لَمْ يَكْتُمُوهُ ، فَمَعَ الْكُتْمُ تَشْتَرِطُ الشَّهَادَةُ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَذَكَرَهُ بَعْضُهُمْ إِجْمَاعًا . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهُوَ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، مِنْ تَصَرُّفِ الْمَجْدُوجِ ، وَلِذَلِكَ جَعَلَهُ ابْنُ حَمْدَانَ قَوْلًا . انْتَهَى .

قوله : عَدْلَيْنِ ذَكَرَيْنِ بِالْعَيْنِ عَاقِلَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ ضَرِيرَيْنِ . هَذَا الْمَذْهَبُ بِلَارَيْبٍ ،

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٦٦ .

(٢) في م : « في النكاح » .

(٣) في م : « في البيع » .

(٤) عزاه الهيثمي للطبراني في الأوسط من حديث ابن عباس . مجمع الزوائد ٢٨٦/٤ . وأخرجه عنه البيهقي في : السنن الكبرى ١٢٤/٧ . وصححه وقفه .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣١ .

(٦) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

والبُلُوغُ ، والإِسْلَامُ ، فَأَمَّا الذُّكُورِيَّةُ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : إِذَا تَزَوَّجَ بِشَهَادَةِ نِسْوَةٍ ، لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو عُبَيْدٍ ^(١) فِي « الْأَمْوَالِ » عَنْ الزُّهْرِيِّ ، قَالَ : مَضَتْ السُّنَّةُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنْ لَا تَجُوزَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ ، وَلَا فِي النِّكَاحِ ، وَلَا فِي الطَّلَاقِ . وَلَأنَّهُ عَقْدٌ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلَا الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، وَيَطْلُعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ فِي غَالِبِ الْأَحْوَالِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ بِشَهَادَتِهِنَّ كَالْحُدُودِ . الثَّانِي ، الْعَدَالَةُ ، وَفِي انْعِقَادِ النِّكَاحِ بِشَهَادَةِ الْفَاسِقَيْنِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَنْعَقَدُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِلْخَبَرِ . وَلأنَّ النِّكَاحَ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا ، فَلَمْ يَنْعَقَدْ بِحُضُورِهِمَا ، كَالْمَجْنُونَيْنِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَنْعَقَدُ بِشَهَادَتِهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأنَّهُ تَحْمِلُ ، فَصَحَّتْ مِنَ الْفَاسِقِ ، كَسَائِرِ التَّحْمِلَاتِ . وَعَلَى كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ لَا تُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ الْعَدَالَةِ ، بَلْ يَنْعَقَدُ بِشَهَادَةِ مُسْتَوْرِي الْحَالِ ؛ لِأنَّ النِّكَاحَ يَكُونُ فِي الْقَرَى وَالْبَوَادِي ، وَبَيْنَ عَامَّةِ النَّاسِ مِمَّنْ ^(٢) لَا يَعْرِفُ حَقِيقَةَ الْعَدَالَةِ ، فَاعْتِبَارُ ذَلِكَ يَشُقُّ ، فَانْكَفَى بِظَاهِرِ الْحَالِ ، وَكَوْنِ الشَّاهِدِ مُسْتَوْرًا لَمْ يَظْهَرْ فُسْطُقه ، فَإِنْ تَبَيَّنَ بَعْدَ الْعَقْدِ أَنَّهُ كَانَ فَاسِقًا ، لَمْ يُؤْثَرْ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأنَّ الشَّرْطَ الْعَدَالَةُ ظَاهِرًا ، وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ ظَاهِرَ الْفُسْطِ ، وَقَدْ تَحَقَّقَ ذَلِكَ . وَقِيلَ : نَتَبَيَّنُ أَنَّ النِّكَاحَ كَانَ فَاسِدًا ؛ لَعَدَمِ الشَّرْطِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأنَّهُ لَوْ كَانَتِ الْعَدَالَةُ

وعليه الأصحاب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » ، الإصناف

(١) وأخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ٥٨/١٠ مختصرًا . وانظر نصب الراية ٧٩/٤ ، وتلخيص الحبير

٢٠٧/٤ .

(٢) في م : « مما » .

الباطنة شرطاً ، لَوْجَبَ الكَشْفُ عنها ؛ لأنه مع الشك فيها يكون الشرط مشكوكاً فيه ، فلا ينعقد^(١) النكاح ، ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها . وإن حدث الفسق فيهما ، لم يؤثر في صحة [١٠٧/٦ ط] النكاح ؛ لأن الشرط إنما يُعتبر حالة العقد . ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحاً بوليٍّ وشاهدي عَدْلٍ ، قيلَ منهما ، وثبت النكاح بإقرارهما^(٢) . الثالث العقل ، فلا ينعقد بشهادة مجنونين ولا طفلين ؛ لأنهما ليسا من أهل الشهادة ، ولا لهما قول يُعتبر . الرابع البلوغ ، فلا ينعقد بشهادة صبيّين ؛ لأنهما ليسا من أهل الشهادة ، أشبهَا الطُفْلَ . (و) عنه ، أنه ينعقد بشهادة (مُراهقين عاقلين) بناءً على أنهما من أهل الشهادة . الخامس ، الإسلام ، فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين ، سواء كان الزوجان مسلمين ، أو الزوجُ مسلماً وحده . نصّ عليه أحمد . وهو قول الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا كانت المرأة ذمّية ، صحّ بشهادة ذميين . ويتخرج لنا مثل ذلك ، بناءً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض . والأوّل أصحّ ؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلَى ، وشاهدي عَدْلٍ » . ولأنه نكاح مسلمٍ ، فلم ينعقد بشهادة ذميين ، كنكاح المسلمين .

و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » ، و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « شرح ابن

(١) في م : « ينقد » .

(٢) في م : « بشهادتهما » .

وَعَنْهُ ، يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ فَاسِقَيْنِ ، وَرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَمُرَاهِقَيْنِ ^{المقنع}

الشرح الكبير

فصل : وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ ضَرِيرَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى قَوْلٍ ، فَقُبِلَتْ مِنَ الضَّرِيرِ ، كَالشَّهَادَةِ بِالِاسْتِفَاضَةِ . وَيُعْتَبَرُ أَنْ يَتَيَقَّنَ الصَّوْتُ عَلَى وَجْهِ لَا يَشْكُ فِيهِمَا ، كَمَا يَعْلَمُ ذَلِكَ مَنْ رَأَاهُمَا . وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ عَبْدَيْنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : لَا يَنْعَقِدُ . وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي قَبُولِ شَهَادَتِهِمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ ، وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ (وَعَنْهُ ، يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ فَاسِقَيْنِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ (وَرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ) ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ النَّخَعِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ : إِذَا تَزَوَّجَ بِشَهَادَةِ نِسْوَةٍ ، لَمْ يَجْزَ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُنَّ رَجُلٌ ، فَهُوَ أَهْوَنُ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّ هَذَا رِوَايَةً أُخْرَى فِي انْعِقَادِهِ بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَيُرْوَى عَنِ الشَّعْبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ مُعَاوِضَةَ ، فَاَنْعَقَدَ ^(١) بِشَهَادَتِهِنَّ («مَعَ الرِّجَالِ») ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، الْخَيْرُ الْمَذْكُورُ ، وَلِأَنَّهُ عَقَدَ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ ، وَيَحْضُرُهُ الرِّجَالُ ، فَلَمْ يُقْبَلْ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ ، كَالْحُدُودِ ، («وَلِهَذَا فَارَقَ الْبَيْعَ») .

٣١٢٧ - مسألة : (و) عَنْهُ ، («أَنَّ النِّكَاحَ») يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ

رَزِينٍ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ فَاسِقَيْنِ ، وَرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، الْإِنْصَافُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « فَالْعَقْدُ » .

(٢ - ٢) فِي م : « بِالرِّجَالِ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ » .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(مُرَاهِقَيْنِ عَاقِلَيْنِ) وقد ذَكَرْنَاهُ .

الشرح الكبير

الإصناف

وَمُرَاهِقَيْنِ عَاقِلَيْنِ . قال في « الفروع » : وَأَسْقَطَ رِوَايَةَ الْفُسْقِ أَكْثَرُهُمْ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : هِيَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَأَخَذَهَا فِي « الْإِنْتِصَارِ » مِنْ رِوَايَةِ مُثَنَّى . وقد سُئِلَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : إِذَا تَزَوَّجَ بَوَلًى وَشُهُودٌ غَيْرُ عَدُولٍ ، يَفْسُدُ مِنَ النِّكَاحِ شَيْءٌ ؟ فلم يَرَأْ أَنَّهُ يَفْسُدُ مِنَ النِّكَاحِ شَيْءٌ . وقيل : يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ كَافَرَيْنِ ، مع كُفْرِ الزَّوْجَةِ ، وَقَبُولِ شَهَادَةِ [١٩/٣] بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ . وَيَأْتِي نَحْوُهُ قَرِيبًا . وَأُطْلِقَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي « الشَّرْحِ » .

تَنْبِيهِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ : عَدْلَيْنِ . ظَاهِرًا وَبَاطِنًا . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ، وَاحْتِمَالٌ فِي « التَّعْلِيقِ » لِلْقَاضِي . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ عَدْلَيْنِ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا ، فَيَصِحُّ بِحُضُورِ مَسْتُورِي الْحَالِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُمَا فِي الْأَمْوَالِ . وهو الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : وهو الْمَشْهُورُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ . قال ابنُ رَزِينٍ : وَيَصِحُّ مِنْ مَسْتُورِي الْحَالِ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْعَدَالَةُ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْبُلْغَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » ، وَ « التَّعْلِيقِ » فِي الرَّجْعَةِ مِنْهُ ، وَالشُّرَازِيُّ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، حَاكِيًا لَهُ عَنْ الْأَصْحَابِ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وقيل : يَكْفِي مَسْتُورِي الْحَالِ ، إِنْ ثَبَتَ النِّكَاحُ بَهُمَا . وقال فِي « الْمُتَخَبِّ » : يَثْبُتُ بِهِمَا مع اعْتِرَافِ مُتَقَدِّمٍ . وقال فِي « التَّرْغِيبِ » : لو تَابَ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ ، فَكَمَسْتُورِ الْحَالِ . فعلى الْمَذْهَبِ ، لو عَقِدَ بِمَسْتُورِي الْحَالِ ، ثُمَّ تَبَيَّنَ بَعْدَ الْعَقْدِ أَنَّهُمَا كَانَا فَاسِقَيْنِ حَالَةً الْعَقْدِ ، فَقَالَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ : تَبَيَّنَ أَنَّ النِّكَاحَ لَمْ يَنْعَقِدْ . وقال الْمُصَنِّفُ ،

وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ مُسْلِمٍ بِشَهَادَةِ ذِمِّيٍّ ، وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَنْعَقِدَ إِذَا
كَانَتِ الْمَرْأَةُ ذِمِّيَّةً .
وَلَا يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ أَصَمِّينَ وَلَا أُخْرَسَيْنِ .

الشرح الكبير

٣١٢٨ - مسألة : (وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِ بِشَهَادَةِ ذِمِّيٍّ .
وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَنْعَقِدَ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ ذِمِّيَّةً) وقد ذكرنا ذلك .

٣١٢٩ - مسألة : (وَلَا يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ أَصَمِّينَ وَلَا أُخْرَسَيْنِ) لِأَنَّ
الْأَصَمِّينَ لَا يَسْمَعَانِ ، وَالْأُخْرَسَيْنِ يَتَعَذَّرُ الْأَدَاءُ مِنْهُمَا . وَفِي أَنْعِقَادِهِ
بِشَهَادَةِ أَهْلِ الصَّنَائِعِ الزَّرِّيَّةِ^(١) ، كَالْحَجَّامِ وَنَحْوِهِ ، وَجِهَانِ ، بِنَاءً عَلَى
قَبُولِ شَهَادَتِهِمْ .

وَالشَّارِحُ : يَنْعَقِدُ ؛ لَوْجُودِ شَرْطِ النِّكَاحِ ظَاهِرًا .^(٢) قَالَ ابْنُ الْبَنَّا : وَلَا يَكْفِي فِي
إثْبَاتِ الْعَقْدِ عِنْدَ الْحَاكِمِ إِلَّا مَنْ عُرِفَتْ عَدَالَتُهُ ظَاهِرًا أَوْ بَاطِنًا . انْتَهَى . وَهُوَ صَحِيحٌ ؛
بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِ ذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ^(٣) .

قَوْلُهُ : وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ مُسْلِمٍ بِشَهَادَةِ ذِمِّيٍّ . هَذَا الْمَذْهَبُ الْمَنْصُوصُ عَنْ
الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، الْمَشْهُورُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ ، وَاخْتَارَهُ جَمَاهِيرُهُمْ .
وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَنْعَقِدَ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ ذِمِّيَّةً . وَهُوَ لِأَبِي الْخَطَّابِ . قَالَ فِي «الرُّعَايَةِ» :
وَفِيهِ بُعْدٌ . وَهُوَ مُخَرَّجٌ مِنْ رِوَايَةِ قَبُولِ شَهَادَةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ،
عَلَى مَا يَأْتِي . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ : وَإِنْ قُلْنَا : تُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ . صَحَّ
النِّكَاحُ بِشَهَادَةِ ذِمِّيٍّ ، إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ ذِمِّيَّةً .

(١) فِي م : «الرَّدِيَّةُ» .

(٢-٢) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ .

المقنع وهل يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوِّينِ ، أَوْ ابْنَيْ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ مِنْ شُرُوطِ النِّكَاحِ .

الشرح الكبير ٣١٣٠ - مسألة : (وهل يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوِّينِ ، أَوْ ابْنَيْ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، يَنْعَقِدُ . اخْتَارَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ ؛ لِعُمُومِ [١٠٨/٦ ر] قَوْلِهِ : « وَشَاهِدَيَّ عَدْلٍ » . وَلأنَّهُ يَنْعَقِدُ بِهِمَا نِكَاحُ غَيْرِ هَذَا الزَّوْجِ ، فَانْعَقَدَ بِهِمَا نِكَاحُهُ ، كَسَائِرِ الْعُدُولِ . وَالثَّانِي ، لَا يَنْعَقِدُ ؛ لِأَنَّ الْعَدُوَّ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى عَدُوِّهِ ، وَالابْنُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَوَالِدِهِ (وَعَنْهُ ، أَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ مِنْ شُرُوطِ النِّكَاحِ) وَقَدْ ذَكَرْنَا الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الإِنصاف قوله : وهل يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوِّينِ ، أَوْ ابْنَيْ الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ أَحَدِهِمَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْهَادِي » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » ، وَ « ابْنِ مُتَعَجَّى » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوِّينِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « مُتَخَبِ الْأَدِمِيِّ » . قَالَ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » : لَا يَنْعَقِدُ فِي رِوَايَةٍ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوِّينِ . وَأَمَّا عَدَمُ انْعِقَادِهِ بِحُضُورِ ابْنَيْ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا ، فَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، فِي كِتَابِ

فَصْلٌ : الْخَامِسُ ، كَوْنُ الرَّجُلِ كُفْتًا لَهَا فِي إِحْدَى
الرَّوَايَتَيْنِ ، فَلَوْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ وَالْأَوْلِيَاءُ بِغَيْرِهِ ، لَمْ يَصَحَّ .

فصل : قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللهُ : (الْخَامِسُ ، كَوْنُ الرَّجُلِ كُفْتًا لَهَا
فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، فَلَوْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ وَالْأَوْلِيَاءُ بِغَيْرِهِ ، لَمْ يَصَحَّ) اِخْتَلَفَتْ
الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي اشْتِرَاطِ الْكَفَاءَةِ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ ، فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهَا
شَرْطٌ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا تَزَوَّجَ الْمَوْلَى الْعَرَبِيَّةَ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَوْلُ
سُفْيَانَ . وَقَالَ أَحْمَدُ فِي الرَّجُلِ يَشْرَبُ الشَّرَابَ : مَا هُوَ بِكُفٍّ لَهَا ، يُفَرِّقُ
بَيْنَهُمَا . وَقَالَ : لَوْ كَانَ الْمُتَزَوِّجُ حَائِكًا فَرَّقَتْ بَيْنَهُمَا ؛ لِقَوْلِ عَمَرَ ، رَضِيَ

الشَّهَادَاتِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،
وغيرهم هناك . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَنْعَقِدُ بِهِمَا بِأَحَدِهِمَا . اخْتَارَهُ ابْنُ بَطَّةَ ، وَابْنُ
عَبْدُوسٍ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » ، وَالْأَدِمِيُّ فِي « مُتَنَحِبِهِ » . قَالَ فِي « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » :
لَا يَنْعَقِدُ فِي رِوَايَةٍ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَفِي شَهَادَةِ عَدُوِّي الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ
أَحَدِهِمَا ، أَوْ الْوَلِيِّ وَجْهَانِ ، وَفِي مُتَّهَمٍ لِرَّجْمٍ رِوَايَتَانِ . وَقَالَ فِي « الرِّعَايَةِ » :
وَفِي عَدُوِّي الزَّوْجِ ، أَوْ الزَّوْجَةِ ، أَوْ عَدُوُّهُمَا ، أَوْ عَدُوِّي الْوَلِيِّ ، أَوْ بَابْنِي
الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ ابْنِي أَحَدِهِمَا ، أَوْ أَبَوَيْهِمَا ، أَوْ أَبَوِي أَحَدِهِمَا ، أَوْ عَدُوُّهُمَا وَأَجْنَبِيَّ ،
وَكُلُّ ذِي رَّجْمٍ مَحْرَمٍ مِنْ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ مِنَ الْوَلِيِّ . وَقِيلَ : فِي الْعَدُوِّينِ ،
وَابْنِي الزَّوْجَيْنِ ، أَوْ أَحَدِهِمَا رِوَايَتَانِ . انْتَهَى .

قوله : الْخَامِسُ ، كَوْنُ الرَّجُلِ كُفْتًا لَهَا فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي
« الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ
شَرْطُ لِصِحَّةِ النِّكَاحِ . وَهِيَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ أَكْثَرِ الْمُتَقَدِّمِينَ . قَالَ الزَّرْكَاشِيُّ : هَذَا

الله عنه : لَأَمْنَعَنَّ تَزْوِيجَ^(١) ذَوَاتِ الْأَحْسَابِ إِلَّا مِنْ الْأَكْفَاءِ . رَوَاهُ الْخَلَّالُ بِإِسْنَادِهِ^(٢) . وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ الْهَمْدَانِيِّ ، قَالَ : خَرَجَ سَلْمَانُ وَجَرِيرٌ فِي سَفَرٍ ، فَأُقِيمَتِ الصَّلَاةُ ، فَقَالَ جَرِيرٌ لِسَلْمَانَ : تَقَدَّمَ . فَقَالَ سَلْمَانُ : بَلْ أَنْتَ تَقَدَّمْ ، فَإِنَّكُمْ - مَعْشَرَ الْعَرَبِ - لَا تَتَقَدَّمُ فِي صَلَاتِكُمْ وَلَا تَنْكِحُ نِسَاءَكُمْ ، إِنَّ اللَّهَ فَضَّلَكُمْ عَلَيْنَا بِمُحَمَّدٍ ﷺ ، وَجَعَلَهُ فِيكُمْ^(٣) . وَلِأَنَّ التَّزْوِيجَ مَعَ فَقْدِ الْكَفَاءَةِ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ مَنْ يَحْدُثُ مِنَ^(٤) الْأَوْلِيَاءِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَلَمْ يَصِحَّ . وَقَدَرَوِي الدَّارَقُطْنِي^(٥) عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ : « لَا تُنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ ، وَلَا يُزَوَّجُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ » . إِلَّا أَنَّ ابْنَ عَبْدِ الْبَرِّ قَالَ^(٦) : هَذَا ضَعِيفٌ لَا أَصْلَ لَهُ ، وَلَا يُحْتَجُّ

الْمَنْصُوصُ الْمَشْهُورُ وَالْمُخْتَارُ لِعَامَّةِ الْأَصْحَابِ مِنَ الرُّوَايَتَيْنِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهَادِي » ،

(١) فِي م : « تَزْوِيجٌ » .

(٢) وَأَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ١٥٢/٦ . وَبَلَفُظَ : « تَزْوِجٌ » أَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِي ، فِي : سَنَتِهِ ٢٩٨/٣ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٣٣/٧ ، بَلَفُظَ آخَرَ . وَضَعَفَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٢٦٥/٦ ، ٢٦٦ .

(٣) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٥٢٠/٢ ، ١٥٤/٦ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : سَنَتِهِ ١٦٤/١ ، وَكُلَاهُمَا عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ عَنْ أَبِي لَيْلَى الْكِنْدِيِّ . وَانْظُرْ طَرُقَ هَذَا الْأَثَرِ وَالْكَلَامِ عَلَيْهِ فِي : الْإِرْوَاءِ ٢٧٨/٦ - ٢٨١ .

(٤) فِي م : « فِي » .

(٥) فِي : بَابِ الْمَهْرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارَقُطْنِيِّ ٢٤٥/٣ . كَمَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ اعْتِبَارِ الْكَفَاءَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٣٣/٧ . وَأَعْلَاهُ بِمَبْشَرِ بْنِ عِيْدٍ بِأَنَّهُ مَتْرُوكُ الْحَدِيثِ . وَانْظُرْ : الْإِرْوَاءَ ٢٦٤/٦ - ٢٦٦ .

(٦) (٦ - ٦) فِي م : « تَنْكِحُوهُنَّ » .

(٧) فِي : التَّحْمِيدِ ١٦٥/١٩ .

الشرح الكبير

بِمِثْلِهِ . فَلَوْ رَضِيَتْ الْمَرْأَةُ وَالْأَوْلِيَاءُ بغيرِ كُفٍّ ، لَمْ يَصَحَّ النِّكَاحُ ؛ لَقَوَاتِ شَرْطِهِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ . وَإِذَا قُلْنَا بِاشْتِرَاطِهَا ، فَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ وُجُودُهَا حَالِ الْعَقْدِ ، فَإِنْ عُدِمَتْ بَعْدَهُ ، لَمْ يَبْطُلِ النِّكَاحُ ، فَإِنْ كَانَتْ مَعْدُومَةً حَالِ الْعَقْدِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ، حُكْمُهُ حُكْمُ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ ، عَلَى مَا نَذَكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَتْ شَرْطًا) فِي النِّكَاحِ (وَهِيَ أَصَحُّ) وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى نَحْوُهُ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعُثَيْدِ بْنِ عُثْمَرَ ، وَحَمَّادِ بْنِ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَابْنِ عَوْنٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾ ^(١) . وَقَالَتْ عَائِشَةُ : إِنَّ أَبَا حُدَيْفَةَ بْنَ عُتْبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ تَبَنَّى سَالِمًا ، وَأَنْكَحَهُ ابْنَةً أَخِيهِ هِنْدَ ابْنَةَ الْوَلِيدِ ابْنِ عُتْبَةَ ، وَهُوَ مَوْلَى لَامْرَأَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ . أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ^(٢) . وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ أَنْ

و « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، لَيْسَتْ بِشَرْطٍ ، يَعْنِي لِلصُّحَّةِ ، بَلْ شَرْطٌ فِي اللَّزُومِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ هُنَا : وَهِيَ أَصَحُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ [١٩/٣ ظ] عِنْدَ أَكْثَرِ الْمُتَأَخِّرِينَ . وَاخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » . قَالَ فِي

(١) سورة الحجرات ١٣ .

(٢) فِي : بَابِ الْأَكْفَاءِ فِي الدِّينِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧ / ٩ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ حُرِّمَ بِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٤٧٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَزْوِجِ الْمَوْلَى الْعَرَبِيَّةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٦ / ٥٣ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرِّضَاعَةِ بَعْدَ الْكَبَرِ ، مِنْ كِتَابِ الرِّضَاعِ . الْمَوْطَأُ ٢ / ٦٠٥ .

تَنْكِحَ أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ مَوْلَاهُ ، فَتَكْهَى بِأَمْرِهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . وَزَوْجُ
 أَبَاهُ^(٢) زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ ابْنَةَ عَمَّتِهِ^(٣) زَيْنَبُ بِنْتُ جَحْشٍ الْأَسَدِيَّةِ^(٤) . وَقَالَ
 ابْنُ مَسْعُودٍ لِأُخْتِهِ^(٥) : أَنْشُدْكَ اللَّهَ أَنْ لَا^(٦) تَنْزَوِجِي^(٧) إِلَّا مُسْلِمًا ، وَإِنْ
 كَانَ أَحْمَرَ رُومِيًّا ، أَوْ أَسْوَدَ حَبَشِيًّا^(٨) . وَلِأَنَّ الْكَفَاءَةَ لَا تَخْرُجُ عَنْ
 [١٠٨/٦] كَوْنِهَا حَقًّا لِلْمَرْأَةِ أَوْ لِلأَوَّلِيَاءِ ، أَوْ لهُمَا ، فَلَمْ يُشْتَرَطْ
 وَجُودُهَا ، كَالسَّلَامَةِ مِنَ الْعُيُوبِ . وَرَوَى أَنَّ أَبَا هِنْدٍ حَجَّمَ النَّبِيَّ ﷺ
 فِي الْيَافُوخِ^(٩) ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « يَا بَنِي بَيَاضَةَ ، أَنْكِحُوا أَبَا هِنْدٍ ،
 وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٠) ، إِلَّا أَنَّ أَحْمَدَ ضَعَّفَهُ ، وَأَنْكَرَهُ إِنْكَارًا

« الرَّعَايَتَيْنِ » : وَهِيَ أَوْلَى ؛ لِلآثَارِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُجَرِّ » ، وَ « الْفُرُوعِ » .
 قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ الَّذِي لَا يُعْدَلُ عَنْهُ . فَعَلِيَ الْأَوْلَى ، الْكَفَاءَةُ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى وَلِلْمَرْأَةِ

(١) تقدم تخريجه في ١٨١/١١ . وانظر ما تقدم في صفحة ٥٣ .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « عمه » .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣ / ٣٠١ . والبيهقي ، في : باب
 لا يرد نكاح غير الكفو ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٦ . وعبد الرزاق ، في : باب الأكفاء ، من
 كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٥٣ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في المناكحة . السنن ١ / ١٦١ .

(٥) في م : « لأخيه » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : « تزوج » .

(٨) أخرجه سعيد ، في : سننه ١ / ١٦١ .

(٩) في الأصل : « النافوخ » . واليافوخ : فجوة مغطاة بغشاء ، تكون عند تلاقق عظام الجمجمة .

(١٠) في : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٤ . كما أخرجه الدارقطني ، في : سننه
 ٢٩٢ / ٣ ، ٢٩٣ .

لَكِنْ إِنْ لَمْ تَرْضَ الْمَرْأَةَ وَالْأَوْلِيَاءَ جَمِيعُهُمْ ، فَلَمَنْ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ ، المقنع

شَدِيدًا . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا غَيْرُ مُشْتَرِطَةٍ ، وَمَا رَوَى فِيهَا
يَدُلُّ عَلَى اعْتِبَارِهَا فِي الْجُمْلَةِ ، وَلَا يُلْزَمُ مِنْهُ اشْتِرَاطُهَا .

٣١٣١ - مسألة : (لَكِنْ إِنْ لَمْ تَرْضَ الْمَرْأَةَ وَالْأَوْلِيَاءَ جَمِيعُهُمْ ، فَلَمَنْ
لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ) لِأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ فِيهَا حَقٌّ ، وَمَنْ
لَمْ يَرْضَ مِنْهُمْ فَلَهُ الْفَسْخُ . وَلِذَلِكَ لَمَّا زَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَتَهُ مِنْ ابْنِ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ
بِهَا حَسَبِيَّتَهُ ، جَعَلَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ الْخِيَارَ ، فَاخْتَارَتْ مَا صَنَعَ أَبُوهَا^(٢) .
وَلَوْ فَقَدَ الشَّرْطُ لَمْ يَكُنْ لَهَا خِيَارٌ .

فصل : وَإِذَا قُلْنَا : لَيْسَتْ شَرْطًا . فَرَضِيَتِ الْمَرْأَةُ وَالْأَوْلِيَاءُ جَمِيعُهُمْ ،
صَحَّ النِّكَاحُ ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ بَعْضُهُمْ ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ
بِاطِلًا مِنْ أَصْلِهِ ؛ لِأَنَّ الْكَفَاءَةَ حَقٌّ لَجَمِيعِهِمْ ، وَالْعَاقِدُ مُتَصَرِّفٌ فِيهَا بِغَيْرِ
رِضَاهُمْ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَتَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ . وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ .
وظَاهِرُ^(٣) الْمَذْهَبِ أَنَّ الْعَقْدَ يَقَعُ صَحِيحًا ، وَيُثْبِتُ لِمَنْ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ ؛
لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ الْمَرْأَةِ الَّتِي رَفَعَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا بِغَيْرِ
كُفَّيْهَا^(٤) ، خَيْرَهَا وَلَمْ يُبْطَلِ النِّكَاحُ مِنْ أَصْلِهِ . وَلِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ بِالْإِذْنِ ،

وَالْأَوْلِيَاءَ ، حَتَّى مَنْ يَحْدُثُ . وَعَلَى الثَّانِيَةِ ، حَقٌّ لِلْمَرْأَةِ وَالْأَوْلِيَاءِ فَقَطْ . الإِنْصَافُ
قَوْلُهُ : لَكِنْ إِنْ لَمْ تَرْضَ الْمَرْأَةَ وَالْأَوْلِيَاءَ جَمِيعُهُمْ ، فَلَمَنْ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ ، فَلَوْ

(١) فِي : الْمَغْنَى ٣٨٩/٩ .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٢٣ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « هَذَا » .

(٤) فِي م : « كَفَّ » .

المنع فَلَوزَّوَجَ الْأَبُ بِغَيْرِ كُفٍّ بِرِضَاهَا ، فَلِلْإِخْوَةِ الْفَسْخُ . نَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته ، وإنما يثبت الخيار ، كالغيب من العنة وغيرها . فعلى هذه الرواية ، يثبت الفسخ لمن لم يرض . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء ، لم يكن لباقي الأولياء فسخ ؛ لأن هذا الحق لا يتجزأ ، وقد أسقط بعض الشركاء بعضه ، فسقط جميعه ، كالقصاص . ولنا ، أن كل واحد من الأولياء يعتبر برضاه ، فلم يسقط برضا غيره ، كالمرأة مع الولي ، فأما القصاص ، فلا يثبت لكل واحد كاملاً ، فإذا سقط بعضه ، تعدر استيفاءه ، وههنا بخلافه ، ولأنه لو زوجه بدون مهر مثلها ، ملك الباقون عندهم^(١) الاعتراض ، مع أنه خالص حقها ، فههنا مع أنه حق لهم أولى .

٣١٣٢ - مسألة : (فلوزَّوَجَ الْأَبُ بِغَيْرِ كُفٍّ بِرِضَاهَا ، فَلِلْإِخْوَةِ الْفَسْخُ . نَصَّ عَلَيْهِ) وقال مالك ، والشافعي : ليس لهم فسخ إذا زوج

الإنصاف زَوْجَ الْأَبِ بِغَيْرِ كُفٍّ بِرِضَاهَا ، فَلِلْإِخْوَةِ الْفَسْخُ . هذا كله مفرغ على الرواية الثانية . وهو الصحيح . نص عليه . جزم به القاضي في « الجامع الكبير » ، و « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الوجيز » ، وناظم « المفردات » . وصححه في « النظم » وغيره . وقدمه في « الفروع » . قال الزركشي : هذا الأشهر . وهو من مفردات المذهب . وعنه ، لا يملك إلا بعد الفسخ ، مع رضا المرأة والأقرب . وأطلقهما في « المحرر » ،

(١) في م : « عند غيرهم » .

الأقرب ؛ لأنه لا حق للأبعد معه ، فرضاه^(١) لا يُعتبر ، كالأجنبي .
ولنا ، أنه ولي في حال يلحقه العار بعدم^(٢) الكفاءة ، فملك الفسخ ،
كالمُتساويين .

و « النظم » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . فعلى الأول ، له الفسخ
في الحال ومُتراجياً . ذكره القاضي وغيره . قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله :
يُتبعي أن يكون على التراجي ، في ظاهر المذهب ؛ لأنه خيار لتقص في المعقود
عليه . فعلى هذا ، يسقط خيارها بما يدل على الرضا من قول أو فعل ، وأما الأولياء ،
فلا يثبت إلا بالقول .

فائدة : قال الزركشي : لو عقده بعضهم ولم يرض الباقون ، فهل يقع العقد
باطلاً من أصله ، أو صحيحاً ؟ على روايتين . حكاهما القاضي في « الجامع
الكبير » ، أشهرهما الصحة . قلت : وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، من قوله :
فلمن لم يرض الفسخ . ولا يكون الفسخ إلا بعد الانعقاد . وهو ظاهر كلام غيره
أيضاً . وقال الزركشي ، في موضع آخر : إذا زوجها الأب بغير كفء ، وقلنا :
الكفء ليس بشرط . ففي بطلان النكاح روايتان ؛ البطلان ، كنكاح المحرمة
والمعتدة . والصحة ، كتلقى الرُكبان . وقيل : إن علم بفقد الكفاءة ، لم يصح ،
وإلا صح . وقيل : يصح إن كانت الزوجة كبيرة ؛ لاستدراك الضرر . قال الشيخ
تقي الدين ، رحمه الله : طريقة المجد في « المحرر » ، أن الصفات الخمس
مُعْتَبَرَةٌ في الكفاءة ، قولاً واحداً ، ثم هل يُبطل النكاح فقدها ، أو لا يُبطله ، لكن
يُثْبِتُ الفسخ ، أو يُبطله فقد الدين والمنصب ، ويثبت الفسخ فقد الثلاثة ؟ على

(١) في م : « فرضاها » .

(٢) في الأصل : « بقدر » .

٣١٣٣ - مسألة : (والكفاءة ؛ الدين والمنصب) يعنى بالمنصب النسب . اختلفت الرواية عن أحمد في شرط الكفاءة ، فعنه ، أنها شرطان ؛ الدين ، والمنصب ، لا غير . وعنه ، أنها ^(١) خمسة ؛ هذان ، والحرية ، والصناعة ، واليسار . وذكر القاضي ، في « المجرد » أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل [١٠٩/٦] النكاح ، رواية واحدة ، إنما الروايتان في الشرطين الأولين . قال : ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب ، لا غير ؛ لأنه نقص لازم ، وما عداه غير لازم ، ولا يتعدى نقضه إلى الولد . وذكر في « الجامع » الروايتين في جميع الشروط . وذكره أبو الخطاب أيضًا . وقال مالك : الكفاءة في الدين لا غير . قال ابن عبد البر ^(٢) : هذا جملة مذهب مالك وأصحابه . وعن الشافعي كقول

الإصناف ثلاث روايات . وهي طريقته . انتهى .

قوله : والكفاءة ؛ الدين والمنصب . يعنى ، لا غير . وهذا إحدى الروايتين . جزم به الخرقي ، وصاحب « الوجيز » ، و « المنور » وغيرهم . واختاره ابن أبي موسى وغيره . وقدمه في « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » ، وغيرهم . وعنه ، أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة أيضًا . وهو المذهب . اختاره القاضي في « تعليقه » ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب في « خلافيهما » . وقدمه في « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المحرر » ، و « الفروع » . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « البلغة » ، و « الشرح » ،

(١) سقط من : م .

(٢) في : التمهيد ١٦٣/١٩ .

مالك ، وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها ، والسلامة من العيوب الأربعة ، فتكون ستة . وكذلك قول أبي حنيفة ، والثوري ، والحسن ابن حي^(١) ، إلا في الصنعة ، والسلامة من العيوب . ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان ، فلا يكون كُفًا ؛ لأن الغالب على الجند^(٢) الفسق ، ولا يعد ذلك نقصًا . والدليل على اعتبار الدين قول الله تعالى : ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾^(٣) . ولأن الفاسق مرذول مرذود الشهادة والرواية ،

و « النظم » . وذكر القاضي في « المجرد » أن فقد الثلاثة لا يبطل النكاح ، قولًا واحدًا . وأما فقد الدين والمنصب ، فقيل : يبطل ، رواية واحدة . وقيل : فيه روايتان . وقيل : المبطل فقد المنصب . ذكره ابن خطيب السلامة في « نكته » . قال ابن عقيل : الذي يقوى عندي ، وهو الصحيح ، أن فقد شرط واحد مبطل ؛ وهو النسب ، وما عدا ذلك لا يبطل النكاح . واختار المصنف ، والشارح أن الحرية من شروط الكفاءة . واختار الشيرازي ، أن اليسار من شروط الكفاءة . وقال الشيخ تقي الدين : لم أجد نصًا عن الإمام أحمد ، رحمه الله ، بطلان النكاح لفقر أو رق ، ولم أجد أيضًا عنه نصًا^(٤) بإقرار النكاح مع عدم الدين والمنصب خلافًا ، واختار أن النسب لا اعتبار به في الكفاءة . وذكر ابن أبي موسى ، عن الإمام أحمد ، رحمه الله ، ما يدل عليه . واستدل الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ،

(١) في م : « صالح » . وهو الحسن بن صالح بن حي ، تقدم في ٥٦٧/٧ .

(٢) في م : « الحنث » .

(٣) سورة السجدة ١٨ .

(٤) سقط من : الأصل ، ط .

غير مأمونٍ على النفسِ والمالِ ، مَسْلُوبُ الْوَلَايَاتِ ، ناقِصٌ عِنْدَ اللَّهِ وَعِنْدَ خَلْقِهِ ، قَلِيلُ الْحِظِّ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ كُفْتًا لِعَفِيفَةٍ ، وَلَا مُسَاوِيًا لَهَا ، لَكِنْ يَكُونُ كُفْتًا لِمِثْلِهِ . فَأَمَّا الْفَاسِقُ مِنَ الْجُنْدِ ^(١) ، فَهُوَ نَاقِصٌ عِنْدَ أَهْلِ الدِّينِ وَالْمُرُوءَاتِ . وَالذَّلِيلُ عَلَى اعْتِبَارِ النَّسَبِ فِي الْكَفَاءَةِ قَوْلُ عُمَرَ : لَأَمْنَعَنَّ تَرْوِيجَ ^(٢) ذَوَاتِ الْأَحْسَابِ إِلَّا مِنْ الْأَكْفَاءِ . قَالَ : قُلْتُ : وَمَا الْأَكْفَاءُ ؟ قَالَ : فِي الْحَسَبِ . رَوَاهُ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ

بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاهُ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ ^(٣) . وَقِيلَ : الْكَفَاءَةُ النَّسَبُ فَقَطْ . وَهُوَ تَوْجِيهٌ لِلْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » . وَقَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنَ الْأَصْحَابِ : إِذَا قُلْنَا : الْكَفَاءَةُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى . اعْتَبِرَ الدِّينُ فَقَطْ . قَالَ : وَكَلَامُ الْأَصْحَابِ فِيهِ تَسَاهُلٌ وَعَدَمٌ تَحْقِيقٍ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ . قُلْتُ : هَذَا كَلَامٌ سَاقِطٌ ، وَلَمْ يَفْهَمْ مَعْنَى كَلَامِ الْأَصْحَابِ .

فَالِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْمَنْصِبُ ؛ هُوَ النَّسَبُ . وَأَمَّا الْيَسَارُ ؛ فَهُوَ بِحَسَبِ مَا يَجِبُ لِلْمَرْأَةِ . . وَقِيلَ : تَسَاوِيَهُمَا فِيهِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : مَعْنَى الْكَفَاءَةِ فِي الْمَالِ ، أَنْ يَكُونَ بِقَدْرِ الْمَهْرِ وَالتَّفَقَّةِ . قَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو مُحَمَّدٍ [٢٠/٣] فِي « الْمُعْنَى » : لِأَنَّهُ الَّذِي يُحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي النِّكَاحِ . وَلَمْ يُعْتَبَرْ فِي « الْكَافِي » إِلَّا التَّفَقَّةُ فَقَطْ . وَاعْتَبَرَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنْ يَكُونَ بَحِثٌ لَا يُغَيَّرُ عَلَيْهَا عَادَتُهَا عِنْدَ أَبِيهَا فِي بَيْتِهِ . الثَّانِيَةُ ، لَا تُعْتَبَرُ هَذِهِ

(١) فِي م : « الْحَنَث » .

(٢) فِي الْأَصْل : « فُرُوج » .

(٣) سُورَةُ الْحَجَرَاتِ ١٣ .

فَلَا تُزَوِّجُ عَفِيفَةً بِفَاجِرٍ ، وَلَا عَرَبِيَّةً بِعَجَمِيٍّ .

وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ [٢٠٥] لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، وَسَائِرُ النَّاسِ بَعْضُهُمْ

الشرح الكبير

بإسناده^(١) . ولأنَّ الْعَرَبَ يَعُدُّونَ الْكَفَاءَةَ فِي النَّسَبِ ، وَيَأْنِفُونَ مِنْ نِكَاحِ الْمَوَالِي ، وَيَرَوْنَ ذَلِكَ نَقْصًا وَعَارًا ، فَإِذَا أُطْلِقَتِ الْكَفَاءَةُ ، وَجَبَ حَمْلُهَا عَلَى الْمُتَعَارَفِ ، وَلَآنَ فِي فَقْدِ ذَلِكَ نَقْصًا وَعَارًا ، فَوَجَبَ أَنْ يُعْتَبَرَ فِي الْكَفَاءَةِ كَالَّذِينَ . فعلى هذا (لَا تُزَوِّجُ عَفِيفَةً بِفَاجِرٍ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَا عَرَبِيَّةً بِعَجَمِيٍّ) فَلَا يَكُونُ الْمَوْلَى وَلَا الْعَجَمِيُّ كُفْلًا لِعَرَبِيَّةٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَالَ سَلْمَانُ الْجَرِيرُ : إِنَّكُمْ^(٢) - مَعْشَرَ الْعَرَبِ - لَا تَتَقَدَّمُ فِي صَلَاتِكُمْ ، وَلَا تَنْكِحُ نِسَاءَكُمْ ، إِنَّ اللَّهَ فَضَّلَكُمْ عَلَيْنَا بِمُحَمَّدٍ ﷺ ، وَجَعَلَهُ فِيكُمْ^(٣) .

٣١٣٤ - مسألة : (وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، وَسَائِرُ النَّاسِ

الصفات في المزاة ، وَلَيْسَتْ الْكَفَاءَةُ شَرْطًا فِي حَقِّهَا لِلرَّجُلِ . وفي « الْإِنْصَارِ » اِحْتِمَالٌ ، يُخَيِّرُ مُعْتَقٌ تَحْتَهُ أُمَةً . وفي « الْوَاضِحِ » اِحْتِمَالٌ ، يَنْطَلُ التَّنَاحُ بِعَتَقِ الزَّوْجِ الذِي تَحْتَهُ أُمَةً ؛ بِنَاءً عَلَى الرِّوَايَةِ فِيمَا إِذَا اسْتَعْنَى عَنْ نِكَاحِ الْأُمَةِ بِحُرَّةٍ ، فَإِنَّهُ يَنْطَلُ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي أَوَائِلِ الْفَصْلِ الثَّالِثِ ، مِنْ بَابِ الشُّرُوطِ فِي التَّنَاحِ . قوله : وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ . هذه المذهب . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالنَّاظِمُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَعَنْهُ ، لَا تُزَوِّجُ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٤ .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٤ .

المقنع لِبَعْضِ أَكْفَاءَ . وَعَنْهُ ، لَا تُزَوِّجُ قُرَشِيَّةً لِعَیْرِ قُرَشِيٍّ ، وَلَا هَاشِمِيَّةً لِعَیْرِ هَاشِمِيٍّ .

الشرح الكبير بعضهم لبعض أكفاء . وعنه ، لَا تُزَوِّجُ قُرَشِيَّةً لِعَیْرِ قُرَشِيٍّ ، وَلَا هَاشِمِيَّةً لِعَیْرِ هَاشِمِيٍّ (اختلفت الرواية عن أحمد ، رَحِمَهُ اللهُ ، في ذلك ، فروى عنه ، أَنَّ عَیْرَ قُرَيْشٍ ^(١) لَا يُكَافُئُهَا ، وَعَیْرَ بَنِي هَاشِمٍ لَا يُكَافِئُهُمْ . وهو قول بعض أصحاب الشافعي ؛ لِمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ^(٢) أَنَّهُ قَالَ ^(٣) : « إِنْ اللهُ اصْطَفَى كِنَانَةً مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ ، وَاصْطَفَى مِنْ كِنَانَةِ قُرَيْشٍ ، وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ ، وَاصْطَفَانِي مِنْ بَنِي [١٠٩/٦ ط] هَاشِمٍ » ^(٤) . وَلِأَنَّ الْعَرَبَ فَضَّلَتِ الْأُمَمَ بِرَسُولِ اللهِ ﷺ ، وَقُرَيْشٌ أَخَصُّ بِهِ مِنْ سَائِرِ الْعَرَبِ ، وَبَنُو هَاشِمٍ أَخَصُّ بِهِ مِنْ قُرَيْشٍ . وَلِذَلِكَ قَالَ عُمَانُ ، وَجَبْرِ بْنُ مُطْعِمٍ : إِنَّ إِخْوَانَنَا مِنْ بَنِي هَاشِمٍ لَا تُنْكَرُ فَضْلَهُمْ عَلَيْنَا ، لِمَكَانِكَ الَّذِي وَضَعَكَ اللهُ بِهِ مِنْهُمْ ^(٥) . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُكَافِئُ

الإصناف قُرَشِيَّةً لِعَیْرِ قُرَشِيٍّ ، وَلَا هَاشِمِيَّةً لِعَیْرِ هَاشِمِيٍّ . قَدَّمَهُ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ «الْمُذْهَبِ» ، وَ «مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ، وَ «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ «الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» . قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : هَذِهِ الرُّوَايَةُ مَذْهَبُ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . وَرَدَّ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، هَذِهِ الرُّوَايَةَ ، وَقَالَ : لَيْسَ فِي كَلَامِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « قُرَشِيٌّ » .

(٢-٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فَضْلِ نَسَبِ النَّبِيِّ ﷺ ... ، مِنْ كِتَابِ الْفَضَائِلِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٤ / ١٧٨٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فِي فَضْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، مِنْ أَبْوَابِ الْمَنَاقِبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٣ / ٩٤ ، ٩٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤ / ١٠٧ .

(٤) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ فِي ٣٠٧/٧ .

العَجَمُ الْعَرَبَ وَلَا الْعَرَبُ قُرَيْشًا ، وَقُرَيْشٌ كُلُّهُمْ أَكْفَاءٌ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ : قُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّ الْعَرَبَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، وَالْعَجَمَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوْجَ ابْنَتَيْهِ^(١) عُمَانَ ، وَزَوْجَ أَبِي الْعَاصِ بْنِ الرَّبِيعِ زَيْنَبَ ، وَهُمَا مِنْ بَنَى عَبْدِ شَمْسٍ ، وَزَوْجَ عَلِيٍّ عَمْرَ ابْنَتِهِ أُمِّ كُلْثُومٍ ، وَتَزَوَّجَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو بْنِ عُمَانَ فَاطِمَةَ ابْنَةَ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ ، وَتَزَوَّجَ مُضْعَبُ بْنُ الزُّبَيْرِ أُخْتَهَا سُكَيْنَةَ ، وَتَزَوَّجَهَا أَيضًا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَانَ بْنِ حَكِيمٍ بْنِ حِزَامٍ ، وَتَزَوَّجَ الْمُقْدَادُ بْنُ الْأَسْوَدِ ضُبَاعَةَ ابْنَةَ الزُّبَيْرِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، وَزَوْجَ أَبُو بَكْرٍ ،

الإمام أحمد ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَيْهَا ، وَإِنَّمَا الْمَنْصُوصُ عَنْهُ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ الْإِنْصَافُ أَنَّ قُرَيْشًا بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، قَالَ : وَذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَ « رِوَايَتِهِ » ، وَصَحَّحَهَا فِيهِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَيْضًا : وَمَنْ قَالَ : إِنَّ الْهَاشِمِيَّةَ لَا تَزَوَّجُ بَغِيرَ هَاشِمِيٍّ . بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ ، فَهَذَا مَارِقٌ مِنْ دِينِ الْإِسْلَامِ ؛ إِذْ قِصَّةُ تَزْوِيجِ الْهَاشِمِيَّاتِ مِنْ بَنَاتِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَغَيْرِهِنَّ بَغِيرَ الْهَاشِمِيِّينَ ثَابِتٌ فِي السُّنَّةِ ثُبُوتًا لَا يَخْفَى ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْكِيَ هَذَا خِلَافًا فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلَيْسَ فِي لَفْظِهِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، لَيْسَ وَلَدُ الزَّنَى كُفُّوا لِدَاتِ نَسَبٍ ، كَعَرَبِيَّةٍ . وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الزَّرْكَشِيُّ ، وَأَضَافَهُ إِلَى الْمُصَنِّفِ .

فائدة : لَيْسَ مَوْلَى الْقَوْمِ كُفُّوا لَهُمْ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الرِّوَايَتَيْنِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ كُفُّوا لَهُمْ . وَأُطْلِقَهُمَا الزَّرْكَشِيُّ . انْتَهَى .

(١) في م : « ابنته » .

وَعَنْهُ ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ وَالصَّنَاعَةَ وَالْيَسَارَ مِنْ شُرُوطِ الْكَفَاءَةِ ، فَلَا تَزَوُّجُ حُرَّةً بَعْدَ ، وَلَا بِنْتُ بَزَّازٍ بِحَجَّامٍ ، وَلَا بِنْتُ تَانِيٍّ بِحَائِكٍ ، وَلَا مُوسِرَةً بِمُعْسِرٍ .

المقنع

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَخْتَهُ أُمُّ فَرْوَةَ الْأَشْعَثَ بْنِ قَيْسٍ ، وَهِيَ كِنْدِيَّانٌ ، وَتَزَوَّجَ أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ الْفَهْرِيَّةَ ، (وَهِيَ قُرَشِيَّةٌ) ، وَلَأنَّ الْعَجَمَ وَالْمَوَالِيَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، وَإِنْ تَفَاضَلُوا وَشُرْفَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ ، فَكَذَلِكَ الْعَرَبُ . وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ هِيَ الصَّحِيحَةُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

الشرح الكبير

٣١٣٥ - مسألة : (وَعَنْهُ ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ وَالصَّنَاعَةَ وَالْيَسَارَ مِنْ شُرُوطِ الْكَفَاءَةِ ، فَلَا تَزَوُّجُ حُرَّةً بَعْدَ ، وَلَا بِنْتُ بَزَّازٍ بِحَجَّامٍ ، وَلَا بِنْتُ تَانِيٍّ) بِحَائِكٍ ، وَلَا مُوسِرَةً بِمُعْسِرٍ (أَمَّا الْحُرِّيَّةُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهَا مِنْ شُرُوطِ

تَنْبِيهِ : قَوْلُهُ - عَلَى رِوَايَةٍ أَنَّ الْحُرِّيَّةَ مِنْ شُرُوطِ الْكَفَاءَةِ : لَا تَزَوُّجُ حُرَّةً بَعْدَ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : قُلْتُ : وَلَا لِمَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ . انْتَهَى . فَلَوْ وَجَدَتْ الْكَفَاءَةُ فِي النِّكَاحِ حَالَ الْعَقْدِ ؛ بَأَنْ يَقُولَ سَيِّدُ الْعَبْدِ بَعْدَ إِجْبَابِ النِّكَاحِ لَهُ : قَبِلْتُ لَهُ هَذَا النِّكَاحَ وَأَعْتَقْتُهُ . فَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ صِحَّتُهُ . قَالَ : وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ بِمَنْعِهَا . وَيَأْتِي مَا يَتَعَلَّقُ بِذَلِكَ عِنْدَ قَوْلِهِ : إِذَا عَتَقْتَ الْأُمَّةَ وَزَوَّجَهَا حُرًّا . أَمَّا إِنْ كَانَ قَدْ مَسَّهُ رَقٌّ ، أَوْ أَبَاهُ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُ تَزْوِيجِهِ بِحُرَّةٍ الْأَصْلِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَبِي الْخَطَّابِ فِي « الْإِتِّصَارِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَلَا يُزَوَّجُ فِي رِوَايَةٍ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، لَا تَزَوُّجُ

الإنصاف

(١ - ١) في م : « القرشية » .

(٢) في النسختين : « بان » والثاني : صاحب العقار والمال .

الكفّاءة ، فلا يكون العبدُ كُفّاً لحرّةٍ ؛ لأنّ النبي ﷺ خيرَ بريرةَ حينَ عتقتُ تحتَ عبدٍ^(١) . فإذا ثبتَ الخيارُ بالحرّيةِ الطارئةِ فبالحرّيةِ المُقارِنَةِ أُولَى . ولأنّ نقصَ الرّقِّ كبيرٌ ، وضرّرهَ بينٌ ؛ فإنّه مشغولٌ عن امرأته بحقوقِ سيّده ، ولا يُنفِقُ نفقةَ المُوسرينَ ، ولا يُنفِقُ على ولده ، وهو كالمعدومِ بالنسبةِ إلى نفسه . ولا يَمْنَعُ صحّةُ النّكاحِ ؛ فإنّ النبي ﷺ قال لبريرةَ : « لَوْ رَاجَعْتِيهِ » . قالت : يا رسولَ الله ، أتاُمُرُنِي ؟ قال :

به . اختاره ابنُ عَقِيلٍ .

فائدة : التّانيُّ في قوله : ولا يَنْتُ تانيُّ . هو صاحبُ العقارِ . وقيل : الكثيرُ المالِ . قاله الزّركشيُّ . والبزّازُ ؛ يَبْاعُ البزُّ .

تنبيه : ظاهرُ قوله - على روايةِ أنّ الحرّيةَ ، والصّناعةَ ، واليسارَ من شروطِ الكفّاءةِ : فلا تُزَوِّجُ حرّةً بعبدٍ ، ولا يَنْتُ بزّازٍ بحجّامٍ ، ولا يَنْتُ تانيُّ بجائلٍ ، ولا موسرةً بمُعسِرٍ . أنّه يَشْمَلُ كُلَّ صِناعَةٍ رديئةٍ . وهو قولُ القاضي في « الجامعِ » ، والمُصنّفِ ، والشارحِ ، وغيرهم . وجزم به في « الرّعاية » . ومالَ إليه الزّركشيُّ . واقتصرَ بعضهم على هذه الثّلاثةِ . وقيل : نسّاجٌ كحائكٍ .

(١) أخرجه مسلم ، في : باب إيمان الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٣/٢ . وأبو داود ، في : باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٧/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في المرأة تعتق ولها زوج ، من أبواب الرضاع . عارضة الأخوذى ١٠١/٥ . والنسائي ، في : باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٣٥/٦ . وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٧١/١ . والدارمي ، في : باب في تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١١٥/٦ ، ١٨٠ ، ٢٠٩ .

« إِنَّمَا أَنَا شَفِيعٌ » . قَالَتْ : فَلَا حَاجَةَ لِي فِيهِ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(١) .
وَمُرَّاجَعْتُهَا إِيَّاهُ ابْتِدَاءً نِكَاحٍ ، فَإِنْ نِكَاحَهَا قَدْ انْفَسَخَ بِاخْتِيَارِهَا ، وَلَا يَشْفَعُ
إِلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ فِي أَنْ تَنْكِحَ عَبْدًا إِلَّا وَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ . فَأَمَّا الْيَسَارُ ، ففِيهِ
رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ شَرْطٌ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَسْبُ
الْمَالُ »^(٢) . وَقَالَ : « إِنَّ أَحْسَابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ هَذَا الْمَالُ »^(٣) . وَقَالَ
لِفَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ حِينَ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ مُعَاوِيَةَ^(٤) خَطَبَهَا : « أَمَّا مُعَاوِيَةُ ،
فَصُغْلُوكَ لَا مَالَ لَهُ »^(٥) . وَلَأَنَّ عَلَى الْمُوسِرَةِ ضَرَرًا فِي إِعْسَارِ زَوْجِهَا ؛

فائدة : لَوْ زَالَتِ الْكَفَاءَةُ^(٦) الْمَذْكُورَةُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَلَهَا الْفَسْخُ . عَلَى الصَّحِيحِ
مِنْ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، [٢٠/٣] وَ « الْحَاوِي

(١) فِي : بَابِ فِي خِيَارِ الْأُمَةِ تَحْتَ الْعَبْدِ ، وَبَابِ شَفَاعَةِ النَّبِيِّ ﷺ فِي زَوْجِ بَرِيْرَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ٦١/٧ ، ٦٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَمْلُوكَةِ تَعْتَقُ وَهِيَ تَحْتَ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنْ أُنِي
دَاوُدَ ٥١٧/١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ شَفَاعَةِ الْحَاكِمِ لِلْخَصْمِ قَبْلَ فِصْلِ الْحُكْمِ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَضَاةِ .
الْمُجْتَبَى ٢١٥/٨ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ خِيَارِ الْأُمَةِ إِذَا أَعْتَقَتْ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنْ ابْنَ مَاجَةٍ ٦٧١/١ .
وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي تَخْيِيرِ الْأُمَةِ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ فَتَعْتَقُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنْ الدَّارِمِيَّ ١٧٠/٢ .
وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢١٥/١ ، ٢٨١ ، ٣٦١ .

(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ تَفْسِيرِ سُورَةِ الْحَجَرَاتِ ، مِنْ أَبْوَابِ التَّفْسِيرِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٥٨/١٢ .
وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ الْوَرَعِ وَالتَّقْوَى ، مِنْ كِتَابِ الزُّهْدِ . سَنَنْ ابْنَ مَاجَةٍ ١٤١٠/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي :
الْمُسْنَدِ ١٠/٥ . وَصَحَّحَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٢٧١/٦ ، ٢٧٢ .

(٣) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْحِسْبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٦ / ٥٣ . وَالْحَاكِمُ ، فِي : بَابِ تَخْيِيرِ
لِنَفْسِكَ فَانْكِحُوا الْأَكْفَاءَ ... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُسْتَدْرَكُ ٢ / ١٦٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ
٣٦١ ، ٣٥٣ / ٥ .

(٤) - (٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي ١٨١/١١ ، وَانْظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي صَفْحَةِ ٥٣ .

(٦) تَحَرَّفَ فِي الْأَصْلِ إِلَى : « الْبِكَارَةِ » .

لِإِحْلَالِهِ بِنَفَقَتِهَا وَمُؤَنَةِ أَوْلَادِهِ ، وَلِهَذَا مَلَكَتِ الْفَسْخَ بِإِحْلَالِهِ بِالنَّفَقَةِ ،
فَكَذَلِكَ [١١٠/٦] إِذَا كَانَ مُقَارِنًا ، وَلَآنَ ذَلِكَ مَعْدُودٌ نَقْصًا فِي عُرْفِ
النَّاسِ ، يَتَفَاضِلُونَ فِيهِ كَتَفَاضُلِهِمْ فِي النَّسَبِ وَأَبْلَغُ ، قَالَ نُبَيْهُ بْنُ الْحَجَّاجِ
السَّهْمِيُّ^(١) :

سَأَلْتَانِي الطَّلَاقَ أَنْ رَأَتَانِي قَلَّ مَالِي قَدْ جِئْتُمَانِي بِنُكْرٍ
وَيَكُنَّ مَنْ يَكُنُّ^(٢) لَهُ نَشَبٌ يُحِبُّ بَبٍّ وَمَنْ يَفْتَقِرُ يَعِشُ عَيْشَ ضُرٍّ^(٣)

فَكَانَ مِنْ شُرُوطِ الْكِفَاءَةِ ، كَالنَّسَبِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّ
الْفَقْرَ شَرَفٌ فِي الدِّينِ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ أَحْيِنِي مِسْكِينًا ،
وَأَمِتْنِي مِسْكِينًا »^(٤) . وَلَيْسَ هُوَ لَازِمًا ، فَأَشْبَهَ الْعَاقِبَةَ مِنَ الْمَرَضِ .
وَالْيَسَارُ الْمُعْتَبَرُ مَا يَقْدِرُ بِهِ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، حَسَبَ مَا يَجِبُ لَهَا ، وَيُمْكِنُهُ
أَدَاءُ مَهْرِهَا . وَأَمَّا الصَّنَاعَةُ ، فَفِيهَا أَيْضًا رَوَاتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، أَنَّهَا شَرْطٌ ،
فَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الصَّنَائِعِ الدَّنِيئَةِ ؛ كَالْحَائِكِ ، وَالْحَجَّامِ ، وَالْحَارِسِ ،

الصَّغِيرِ ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » وَغَيْرِهِ . كَعِتْقِهَا

الإِنْصَافِ

(١) نُبَيْهُ بْنُ الْحَجَّاجِ السَّهْمِيُّ ، ذَكَرَهُ ابْنُ خُلَكَانَ نَقْلًا عَنْ جُمُوهَرَةِ النَّسَبِ لِابْنِ الْكَلْبِيِّ ، فَقَالَ : مُنْبَهُ وَنُبَيْهُ ابْنَا الْحَجَّاجِ
ابْنِ عَامِرِ بْنِ حَذِيفَةَ بْنِ سَعْدِ بْنِ سَهْمِ الْقُرَشِيِّ ، كَانَا سَيِّدَيِ بَنِي سَهْمٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، قَتَلَا يَوْمَ بَدْرٍ كَافِرِينَ ، وَكَانَا مِنْ
الْمُطْعَمِينَ . وَفَيَاتُ الْأَعْيَانِ ٦ / ٣٢٩ .

(٢) سَقَطَ مِنَ النُّسخَتَيْنِ ، وَالتَّصْوِيبُ مِنَ الْمَصَادِرِ .

(٣) فِي م : « نَسَبٌ » . وَفِي الْأَصْلِ : « نَسَبٌ غَيْبٌ » . وَالْأَيَّاتُ لِزَيْدِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ نَفِيلٍ ، فِي الْكِتَابِ لِسِيَوِيهِ
١٥٥/٢ ، ٣ / ٥٥٥ ، خَزَانَةُ الْأَدَبِ لِلْبَغْدَادِيِّ ٤٠٤/٦ ، ٤١٠ . وَقَالَ : وَنَسَبَهَا الزُّبَيْرُ بْنُ بَكَارٍ لِنُبَيْهِ بْنِ
الْحَجَّاجِ .

(٤) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي ٢٠٨/٧ .

والكساح ، والدبّاغ ، « وقِيمِ الحَمَامِ » ، والزَّبَالِ ، فليس بكُفٍّ لبناتِ ذَوِي المُرُوءَاتِ ، كأَصْحَابِ الصَّنَائِعِ الْجَلِيلَةِ ، كالتَّجَارَةِ وَالْبِنَايَةِ ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ نَقْصٌ فِي عُرْفِ النَّاسِ ، فَأَشْبَهَ نَقْصَ النَّسَبِ ، وَقَدْ جَاءَ فِي حَدِيثٍ : « الْعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، إِلَّا حَائِكًا أَوْ حَجَّامًا » (١) . قِيلَ لِأَحْمَدَ : وَكَيْفَ تَأْخُذُ بِهِ وَأَنْتَ تُضَعِّفُهُ ؟ قَالَ : الْعَمَلُ عَلَيْهِ . يَعْنِي أَنَّهُ وَرَدَ مُوَافِقًا لِأَهْلِ الْعُرْفِ . وَرُويَ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِنَقْصٍ . وَيُرَوَّى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِنَقْصٍ فِي الدِّينِ ، وَلَا هُوَ لَازِمًا ، فَأَشْبَهَ الضَّعْفَ وَالْمَرَضَ ، قَالَ بَعْضُهُمْ (٢) :

أَلَا إِنَّمَا التَّقْوَى هِيَ الْعِزُّ وَالْكَرَمُ وَحُبُّكَ لِلدُّنْيَا هُوَ الذُّلُّ وَالسَّقَمُ وَلَيْسَ عَلَى عَبْدٍ تَقَى نَقِصَةً إِذَا حَقَّقَ التَّقْوَى وَإِنْ حَاكَ أَوْ حَجَمَ وَأَمَّا السَّلَامَةُ مِنَ الْعُيُوبِ ، فَلَيْسَتْ مِنْ شُرُوطِ الْكِفَاءَةِ ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِي (٣) أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ النِّكَاحُ بِهَا ، وَلَكِنَّهَا تُثَبِّتُ الْخِيَارَ لِلْمَرْأَةِ دُونَ الْأَوْلِيَاءِ ؛ لَأَنَّ ضَرَرَهُ يَخْتَصُّ بِهَا . وَلَوْلِئِهَا مَنَعُهَا مِنْ نِكَاحِ الْمَجْذُومِ وَالْأَبْرَصِ وَالْمَجْنُونِ ، وَمَا عَدَا هَذَا فَلَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فِي الْكِفَاءَةِ .

تَحْتَ عَبْدٍ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهَا الْقَسْخُ ، كَطَوْلِ حُرَّةٍ مِنْ نَكَحَ (٤) أُمَةً ، وَكَوَلَّيْهَا .

(١ - ١) فِي النسختين : « وَالْقِيمِ وَالْحَمَامَى » . وَكَذَلِكَ الْمَغْنَى ، وَالتَّصْوِيبُ مِنَ الْكَافِي ٣ / ٣٢ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٧ / ١٣٥ ، ١٧٤ . وَابْنُ عَدَى ، فِي : الْكَامِلِ ٥ / ١٧٤٩ ، ١٨٥٢ ، وَأَبُو نَعِيمٍ ، فِي : أَخْبَارِ أَصْبَهَانَ ١ / ١٩١ . وَهُوَ حَدِيثٌ مُوضُوعٌ . الْإِرْوَاءُ ٦ / ٢٦٨ - ٢٧٠ .

(٣) هُوَ أَبُو الْعَتَاهِيَةِ وَالْبَيْتَانُ فِي دِيَوَانِهِ ٢٤٣ . وَانْظُرْ : أَبُو الْعَتَاهِيَةِ أَشْعَارَهُ وَأَخْبَارَهُ ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي ١ : « نِكَاحٌ » .

فصل : وَمَنْ أَسْلَمَ أَوْ عَتَقَ مِنَ الْعَبِيدِ ، فَهُوَ كُفْءٌ لِمَنْ لَهُ أَبْوَانٌ فِي الْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ بِكُفْءٍ . وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ أَكْثَرُهُمْ أَسْلَمُوا ، وَكَانُوا أَفْضَلَ الْأُمَّةِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ : إِنَّهُمْ غَيْرُ أَكْفَاءٍ لِلتَّابِعِينَ .

فصل : وَوَلَدُ الزَّنى قَدْ قِيلَ : إِنَّهُ كُفْءٌ لَذَاتِ نَسَبٍ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ أَنَّهُ يَنْكِحُ وَيُنْكَحُ إِلَيْهِ ، فَكَانَتْ لَمْ يُحِبَّ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تُعَيَّرُ^(١) بِهِ هِيَ وَأَوْلِيَائُهَا ، وَيَتَعَدَّى ذَلِكَ إِلَى وَلَدِهَا ، وَلَيْسَ هُوَ كُفْئًا لِلْعَرَبِيَّةِ بَعِيرٍ إِشْكَالٍ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَذْنَى حَالًا مِنَ الْمَوْلَى .

فصل : وَالْمَوَالِي أَكْفَاءُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ ، وَكَذَلِكَ الْعَجَمُ ، قَالَ [١١٠/٦] أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ مِنْ بَنِي هَاشِمٍ لَهُ مَوْلَاةٌ : يُزَوِّجُهَا^(٢) الْخُرَاسَانِيَّ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ »^(٣) . هُوَ فِي الصَّدَقَةِ ، فَأَمَّا فِي النِّكَاحِ ، فَلَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي رِوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ مَوْلَى

وَفِيهِ خِلَافٌ فِي « الْإِنْتِصَارِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : يُعْزَى لِأَبِي الْخَطَّابِ ، أَنَّ لِلْوَلِيِّ الْفَسْخَ أَيْضًا . وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ شَيْخِهِ فِي « التَّعْلِيلِ » . وَقَدْ مِ فِي « الْإِنْتِصَارِ » ، أَنَّ مِثْلَ الْوَلِيِّ مَنْ وُلِدَ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ فِي ذَلِكَ ، وَأَنَّهُ إِنْ طَرَأَ نَسَبٌ ، فَاسْتَلْحَقَ شَرِيفٌ مَجْهُولَةٌ ، أَوْ طَرَأَ صِلَاحٌ ، فَاحْتِمَالَانِ . وَتَقَدَّمَ عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِذَا نُ الثَّيِّبِ الْكَلَامُ . لَا يَشْتَرِطُ الْإِشْهَادُ عَلَى إِذْنِهَا ، وَلَا الشَّهَادَةُ بِخُلُوقِهَا مِنَ الْمَوَانِعِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَعَيَّنَ » .

(٢) فِي م : « يَتَزَوَّجُهَا » .

(٣) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ فِي ٢٩١/٧ .

الْقَوْمِ يُكَافئُهُمْ ؛ لِهَذَا الْخَبَرِ ، وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوْجَ زَيْدًا وَأُسَامَةَ عَرَبَيْنِ^(١) ، وَلَأَنَّ مَوَالِيَ بَنِي هَاشِمٍ سَاوَوْهُمْ فِي جِرْمَانِ الصَّدَقَةِ ، فَسَاوَوْهُمْ فِي الْكَفَاءَةِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ يُوجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمَوَالِي أَكْفَاءَ لِلْعَرَبِ ، فَإِنَّ الْمَوْلَى إِذَا كَانَ كُفَاءَ سَيِّدِهِ ، كَانَ كُفَاءً لِمَنْ يُكَافئُهُ سَيِّدُهُ ، فَيَبْطُلُ اعْتِبَارُ الْمَنْصِبِ ، وَلِهَذَا لَا يُسَاوَوْنَهُمْ فِي اسْتِحْقَاقِ الْخُمْسِ ، وَلَا فِي الْإِمَامَةِ ، وَلَا فِي الشَّرَفِ ، وَأَمَّا زَيْدٌ وَأُسَامَةُ ، فَقَدْ اسْتُدِلَّ بِنِكَاحِهِمَا عَرَبَيْنِ عَلَى أَنَّ فَقْدَ الْكَفَاءَةِ لَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، وَاعْتَذَرَ أَحْمَدُ عَنْ تَزْوِيجِهِمَا بَأَنَّهُمَا مِنْ كَلْبٍ ، فَهُمَا عَرَبِيَّانِ ، وَإِنَّمَا طَرَأَ عَلَيْهِمَا رِقٌّ . فَعَلَى هَذَا ، يَكُونُ حُكْمُ كُلِّ عَرَبِيٍّ الْأَصْلِ كَذَلِكَ .

فصل : فَأَمَّا أَهْلُ الْبِدْعِ ، فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي الرَّجُلِ يُزَوِّجُ الْجَهْمِيَّ : يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا . وَكَذَلِكَ إِذَا زَوَّجَ الْوَاقِفِيَّ ، إِذَا كَانَ يُخَاصِمُ وَيَدْعُو ، وَإِذَا زَوَّجَ أُخْتَهُ مِنْ هَوَلَاءِ اللَّفْظِيَّةِ ، وَقَدْ كَتَبَ الْحَدِيثَ ، فَهَذَا شَرٌّ مِنْ جَهْمِيٍّ ، يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا . وَقَالَ : لَا يُزَوِّجُ بِنْتَهُ مِنْ حَرُورِيٍّ مَرَقٍ مِنَ الدِّينِ ، وَلَا مِنَ الرَّافِضِيِّ ، وَلَا مِنَ الْقَدَرِيِّ ، فَإِذَا كَانَ لَا يَدْعُو ، فَلَا بَأْسَ . وَقَالَ : مَنْ لَمْ يُرْبَعْ^(٢) بَعْلَى فِي الْخِلَافَةِ ، فَلَا تُنَاقِضُوه ، وَلَا تُكَلِّمُوهُ . قَالَ الْقَاضِي : الْمُقَلَّدُ مِنْهُمْ يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ ، وَمَنْ كَانَ دَاعِيَةً مِنْهُمْ ، فَلَا يَصِحُّ تَزْوِيجُهُ .

(١) حديث زيد تقدم في صفحة ٢٥٦ ، وحديث أسامة في ١٨١/١١ ، و صفحة ٥٣ .

(٢) أي يعده رابع الخلفاء الراشدين .

الشرح الكبير

فصل : وإنما تُعْتَبَرُ الكَفَاءَةُ في الرجلِ دونَ المرأةِ ، فإنَّ النبيَّ ﷺ لا مُكَافِئَ لَهُ ، وقد تَزَوَّجَ مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ ، وَتَزَوَّجَ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُحَيْبٍ ^(١) ، وَتَسَرَّى بِالْإِمَاءِ ، وَقَالَ : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ فَعَلَّمَهَا ، وَأَحْسَنَ تَعْلِيمَهَا ، وَأَحْسَنَ إِلَيْهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا ، فَلَهُ أَجْرَانِ » . متفقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَلأنَّ الْوَلَدَ يَشْرَفُ بِشَرَفِ أَبِيهِ لَا بِأُمِّهِ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ ذَلِكَ فِي الْأُمِّ .

الإنصاف

(١) انظر ما تقدم في صفحة ٦٦ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٤٣ .

بَابُ الْمُحَرَّمَاتِ فِي النِّكَاحِ

وَهُنَّ ضَرْبَانِ ؛ مُحَرَّمَاتٌ عَلَى الْأَبَدِ ، وَهُنَّ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْمُحَرَّمَاتُ بِالنَّسَبِ ، وَهُنَّ سَبْعٌ ؛ الْأُمّهَاتُ ، وَهُنَّ الْوَالِدَةُ ، وَالْجَدَّاتُ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، وَإِنْ عَلَوْنَ ، وَالْبَنَاتُ

الشرح الكبير

بَابُ الْمُحَرَّمَاتِ فِي النِّكَاحِ

(وَهُنَّ ضَرْبَانِ ؛ مُحَرَّمَاتٌ عَلَى الْأَبَدِ ، وَهُنَّ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْمُحَرَّمَاتُ بِالنَّسَبِ ، وَهُنَّ سَبْعٌ) ذَكَرَهُنَّ اللَّهُ سُبْحَانَهُ فِي قَوْلِهِ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ ^(١) . فَأَمَّا الْأُمّهَاتُ ، فَهُنَّ كُلُّ مَنْ انْتَسَبَتْ إِلَيْهَا بَوِلَادَةً ، سِوَاءِ وَقَعَتْ عَلَيْهَا اسْمُ الْأُمِّ حَقِيقَةً ، وَهِيَ الَّتِي وَلَدَتْكَ ، أَوْ مَجَازًا ، وَهِيَ الَّتِي وَلَدَتْ مَنْ وَلَدَكَ ^(٢) وَإِنْ عَلَتْ ، وَمِنْ ذَلِكَ جَدَّتَاكَ ^(٣) ؛ أُمُّ أُمِّكَ وَأُمُّ أَبِيكَ ، وَجَدَّتَا أُمِّكَ وَجَدَّتَا أَبِيكَ ، ^(٤) وَجَدَّتَا جَدَّتِكَ ^(٥) وَجَدَّتَا أَجْدَادِكَ وَإِنْ عَلَوْنَ ، وَارِثَاتٍ كُنَّ أَوْ غَيْرَ وَارِثَاتٍ ، كُلُّهُنَّ أُمّهَاتُ

الإنصاف

بَابُ الْمُحَرَّمَاتِ فِي النِّكَاحِ

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) في م : « ولدتك » .

(٣) في م : « جدتا » .

(٤ - ٥) في الأصل : « وجدتا جدتك وجدتا » .

المقنع
مِنْ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ ، وَبَنَاتُ الْأَوْلَادِ ، وَإِنْ سَفَلُوا ، وَالْأَخَوَاتُ
مِنْ الْجِهَاتِ الثَّلَاثِ ، وَبَنَاتُ الْأَخِ ، وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأَوْلَادُهُمْ ،
وَإِنْ سَفَلُوا ، وَالْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ ، وَإِنْ عَلَوْنَ ، وَلَا تُحْرَمُ بَنَاتُهُنَّ .

الشرح الكبير
مُحَرَّمَاتٌ ، ذَكَرَ أَبُو هُرَيْرَةَ^(١) هَاجَرًا إِسْمَاعِيلَ ، فَقَالَ : تِلْكَ أُمَّكُمْ يَا بَنِي
مَاءِ السَّمَاءِ^(٢) . وَفِي [١١١/٦] الدُّعَاءُ الْمَأْثُورُ : اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى أَيْنَا آدَمَ
وَأُمَّنَا حَوَاءَ . وَالْبَنَاتُ ، وَهُنَّ كُلُّ أَنْثَى انْتَسَبَتْ إِلَيْكَ بِوِلَادَتِكَ ، كَابْنَةِ
الصُّلْبِ ، وَبَنَاتِ الْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، وَارِثَاتٍ أَوْ غَيْرَ
وَارِثَاتٍ ، كُلُّهُنَّ بَنَاتُ مُحَرَّمَاتٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ . فَإِنَّ كُلَّ
امْرَأَةٍ بِنْتُ آدَمَ ، كَمَا أَنَّ كُلَّ رَجُلٍ ابْنُ آدَمَ^(٣) ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يَا بَنِي
آدَمَ ﴾^(٤) . وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْجِهَاتِ الثَّلَاثِ ، مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ
الْأَبِ ، أَوْ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ ﴾ . وَلَا تَفْرِيغَ

الإنصاف
فَائِدَةٌ : قَوْلُهُ : وَالْبَنَاتُ مِنْ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ . وَكَذَا بِنْتُهُ الْمَنْفِيَّةُ بِلِعَانٍ وَمِنْ
شُبْهَةٍ . وَيَكْفِي فِي التَّحْرِيمِ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهَا بِنْتُهُ ظَاهِرًا ، وَإِنْ كَانَ النَّسَبُ لغيرِهِ . قَالَه
الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيقِ » . فَظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي اسْتِدْلَالِهِ ،
أَنَّ الشُّبْهَةَ^(٥) كَافٍ فِي ذَلِكَ . قَالَه الرَّزْكَانِيُّ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « بَكَر » .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَاتَّخَذَ اللَّهُ إِبْرَاهِيمَ خَلِيلًا ﴾ ،... مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ ، وَفِي :
بَابِ إِلَى مَنْ يَنْكِحُ ،... مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٧١/٤ ، ٧/٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مِنْ فَضَائِلِ
الْخَلِيلِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، مِنْ كِتَابِ الْفَضَائِلِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٨٤١/٤ .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « أَوْ مِنَ الْأُمِّ » .

(٤) سُورَةُ الْأَعْرَافِ ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الشُّبْهَةُ » .

عليهن . والعَمَّاتُ أخواتُ الأبِ من الجهاتِ الثلاثِ ، وأخواتُ الأجدادِ من قبلِ الأبِ ومن قبلِ الأمِّ ، قَرِيبًا كانَ الجدُّ أو بعيدًا ، وارثًا أو غير وارثٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَعَمَّتُكُمْ ﴾ . والخالاتُ أخواتُ الأمِّ من الجهاتِ الثلاثِ ، وأخواتُ الجدَّاتِ وإن علَوْنَ ، وقد ذَكَرْنَا أَنَّ كُلَّ جَدَّةٍ أُمٌّ ، فكذلك كُلُّ أُخْتٍ لَجَدَّةٍ خَالَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَخَلَّتُكُمْ ﴾ . وبناتُ الأخِ ، كُلُّ امْرَأَةٍ انْتَسَبَتْ إِلَى أَخٍ بولادةٍ ^(١) ، فهي بِنْتُ أَخٍ مُحَرَّمَةٍ مِنْ أَىِّ جِهَةٍ كَانَ الْأَخُ ^(٢) ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ الْأَخِ ﴾ . وبناتُ الأختِ كذلك أيضًا مُحَرَّمَاتٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ . فهؤلاءِ الْمُحَرَّمَاتُ بالنَّسَبِ .

فصل : ولا فَرْقَ بَيْنَ النَّسَبِ الحَاصِلِ بِنِكَاحٍ ، أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ ، أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ ، أَوْ حَرَامٍ ، فَتَحْرُمُ عَلَيْهِ ابْنَتُهُ مِنَ الزَّوْنِ ؛ لدُخُولِهَا فِي عُمُومِ اللَّفْظِ ، وَأَنَّهَا مَخْلُوقَةٌ مِنْ مَائِهِ ، فَحَرُمَتْ ، كَتَحْرِيمِ الزَّانِيَةِ عَلَى وَلَدِهَا ، وَتَحْرِيمِ الْمَنْفِيَةِ بِاللُّعَانِ ؛ لِأَنَّهَا رَبِيبَتُهُ ^(٣) ، ولا حَتِمَالٍ أَنْ تَكُونَ ابْنَتُهُ ،

تَنْبِيْهَاتٍ ؛ الْأَوَّلُ ، شَمِلَ قَوْلُهُ : وَالْعَمَّاتُ . عَمَّةٌ أَبِيهِ وَأُمُّهُ لدُخُولِهُمَا فِي عَمَّاتِهِ ، وَعَمَّةُ الْعَمِّ لِأَنَّهَا عَمَّةُ أَبِيهِ ، لَا عَمَّةُ الْعَمِّ لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ مِنْهُ . وَتَحْرُمُ خَالَةُ الْعَمَّةِ لِأُمِّ ، وَلَا تَحْرُمُ خَالَةُ الْعَمَّةِ لِأَبٍ لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ . وَتَحْرُمُ عَمَّةُ الْخَالَةِ لِأَبٍ لِأَنَّهَا عَمَّةُ الْأُمِّ ، وَلَا تَحْرُمُ عَمَّةُ الْخَالَةِ لِأُمِّ لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ .

(١) فِي م : « بولادته » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي م : « منفية » .

المقنع القسمُ الثاني ، المُحَرَّمَاتُ بِالرَّضَاعِ . وَيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ سِوَاءٍ .

الشرح الكبير وفيه اختلافٌ نذكره إن شاء الله تعالى .

(القسمُ الثاني ، المُحَرَّمَاتُ بِالرَّضَاعِ ، فيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ سِوَاءٍ) والذي ذكره الله تعالى اثنتان فقال سبحانه : ﴿ وَأُمَّهُنَّ أَلْتَنَ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ ﴾ . فالأُمَّهَاتُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأُمَّهَاتُهُنَّ وَجَدَّاتُهُنَّ وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، عَلَى حَسَبِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي النَّسَبِ ، مُحَرَّمَاتٌ بِالْآيَةِ . وَأَمَّا الْأَخَوَاتُ ، فَهِيَ كُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعْتَكُ أُمُّهَا ، أَوْ أَرْضَعْتُهَا أُمُّكَ ، أَوْ أَرْضَعْتَكُ وَإِيَّاهَا امْرَأَةً وَاحِدَةً ، أَوْ ارْتَضَعْتَ أَنْتَ وَهِيَ مِنْ لَبَنٍ رَجُلٍ وَاحِدٍ ، كَرَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ لَهَا مِنْهُ لَبَنٌ ، أَرْضَعْتَكُ إِحْدَاهُمَا وَأَرْضَعْتُهَا الْأُخْرَى ، فَهِيَ أُخْتُكَ ، مُحَرَّمَةٌ عَلَيْكَ بِالْآيَةِ .

الثاني ، قوله : القسمُ الثاني ، المُحَرَّمَاتُ بِالرَّضَاعِ ، وَيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ بِالنَّسَبِ سِوَاءٍ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال ابنُ البَنَّا في « خِصَالِهِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمَا : إِلَّا أُمَّ أَخِيهِ وَأُخْتُ ابْنِهِ ، فَإِنَّهُمَا يَحْرُمَانِ مِنَ النَّسَبِ وَلَا يَحْرُمَانِ بِالرَّضَاعِ . وقاله الأصحابُ . لَكِنَّ أُمَّ أَخِيهِ إِنَّمَا حَرُمَتْ مِنْ غَيْرِ الرَّضَاعِ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ؛ لَكَوْنِهَا زَوْجَةَ أَبِيهِ ، وَذَلِكَ مِنْ جِهَةِ تَحْرِيمِ الْمُصَاهَرَةِ لَا مِنْ جِهَةِ تَحْرِيمِ النَّسَبِ ، وَكَذَلِكَ أُخْتُ ابْنِهِ إِنَّمَا حَرُمَتْ لَكَوْنِهَا رَبِيبَةً ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى اسْتِثْنَائِهِمَا . وَقَدْ قَالَ الزَّرْكَشِيُّ ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَصْحَابِ : وَالصَّوَابُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ عَدَمُ اسْتِثْنَائِهِمَا . وَقَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّانِيَةِ وَالْخَمْسِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ،

الشرح الكبير

وكذلك كل امرأة حرمت عليك بالنسب^(١)، حرّم مثلها من الرضاع ؛ كالعمة ، والخالة ، والبنت ، وبنت الأخ ، وبنت الأخت ، على ما ذكرنا ، لقول النبي ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . متفق عليه^(٢) . وفي رواية لمسلم : « الرِّضَاعُ يُحْرِمُ مَا تُحْرِمُ الْوَلَادَةُ » . ولأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن ، والباقيات يُقَسَّنَ عليهن ، ولا نعلم في هذا خلافاً .

الإنصاف

أنه لا يثبت به تحریم المصاهرة ، فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع ، ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنه من الرضاع . وقال الإمام أحمد ، رحمه الله ، في رواية ابن بكدينا^(٣) ، في حليلة الابن من الرضاع : لا يُعْجِبُنِي أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ؛ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . وليس على هذا

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ... من كتاب الشهادات ، وفي : باب ما جاء في نيوت أزواج النبي ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفي : باب ﴿ وَأَمَهَاكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وباب لا تنكح المرأة على عمتها ، وباب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء في الرضاع ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢٢٢/٣ ، ١٠٠/٤ ، ١٢/٧ ، ١٥ ، ٤٩ . ومسلم ، في : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، وباب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، وباب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة . صحيح مسلم ١٠٦٨/٢ ، ١٠٧٠ ، ١٠٧١ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٤/١ . والنسائي ، في : باب ما يحرم من الرضاع ، وباب تحريم بنت الأخ من الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٨٢/٦ ، ٨٣ . وابن ماجه ، في : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٣/١ . والدارمي ، في : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٦/٢ . والإمام مالك ، في : باب رضاعة الصغير ، وباب جامع ما جاء في الرضاعة ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠١/٢ ، ٦٠٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٤/٦ ، ٥١ ، ٦٦ ، ٧٢ ، ١٠٢ ، ١٧٨ .

(٣) هو محمد بن الحسن بن هارون تقدمت ترجمته في ٢٥١/١١ .

المقنع القسمُ الثالثُ ، المُحرَّماتُ بالمُصَاهَرَةِ ، وَهُنَّ أَرْبَعٌ ؛ أُمّهَاتُ

الشرح الكبير

(القسمُ الثالثُ ، تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، وَهُنَّ أَرْبَعٌ ؛ أُمّهَاتُ النِّسَاءِ)
فَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً حَرَّمَ عَلَيْهِ كُلَّ أُمَّ لَهَا مِنْ نَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ، قَرِيَّةٍ أَوْ بَعِيدَةٍ ،
بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . [١١١/٦ ط] وهو قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛
مِنْهُمْ ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَجَابِرٌ ، وَعِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ ، وَكَثِيرٌ مِنَ
التَّابِعِينَ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحُكِيَ عَنْ
عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ إِلَّا بِالْدُّخُولِ بَابْنَتِهَا ، كَمَا لَا تَحْرُمُ ابْنَتُهَا
إِلَّا بِالْدُّخُولِ بِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُمّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ .
وَالْمَعْقُودُ عَلَيْهَا مِنْ نِسَائِهِ ، فَتَدْخُلُ أُمُّهَا فِي غُومِ الْآيَةِ . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ :
أَبْهَمُوا مَا أَبْهَمَ الْقُرْآنُ ^(١) . يَعْنِي عَمَّمُوا حُكْمَهَا فِي كُلِّ حَالٍ ، وَلَا تَفْصِلُوا
بَيْنَ الْمَدْخُولِ بِهَا وَبَيْنَ غَيْرِهَا . وَرَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ ،

الإيضاح

الضابطُ إيرادُ صحيحِ سِوَى الْمُرتَضَعَةِ بِلَبَنِ الزَّنى ^(٢) ، وَالْمَنْصُوصُ عَنْ الْإِمَامِ
أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ كَالْبِنْتِ مِنَ الزَّنى ، فَلَا إِيْرَادَ
إِذْنٍ . انْتَهَى .

الثَّالثُ ، قَوْلُهُ : الْقِسْمُ الثَّالثُ ، الْمُحَرَّمَاتُ بِالْمُصَاهَرَةِ ، وَهُنَّ أَرْبَعٌ ؛ أُمّهَاتُ
نِسَائِهِ . فَيَحْرُمْنَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ عَلَى الْبِنْتِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ قَاطِبَةً . وَعَنْهُ ، أُمّهَاتُ النِّسَاءِ كَالرَّبَائِبِ ، لَا يَحْرُمْنَ إِلَّا بِالْدُّخُولِ
بِبَنَاتِهِنَّ . ذَكَرَهَا الزَّرْكَشِيُّ .

(١) أَخْرَجَ نَحْوَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ فِي سَنَنِهِ ٢٣٤/١ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ١٧٣/٤ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْمَزُوج » . وَالثَّبْتُ رِوَايَةُ الْقَوَاعِدِ .

الشرح الكبير

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَطَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا ، لَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَبِيبَتَهُ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمِّهَا » . رواه أبو حَفْصٍ بِإِسْنَادِهِ ^(١) . وقال زَيْدٌ : تَحْرُمُ الدُّخُولُ أَوْ بِالْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الدُّخُولِ . وقد ذَكَرْنَا مَا يُوجِبُ التَّحْرِيمَ مُطْلَقًا ، سواءً وُجِدَ الدُّخُولُ أَوْ الْمَوْتُ أَوْ لَمْ يُوجَدْ ، وَلِأَنَّهَا حُرِّمَتْ بِالمُصَاهَرَةِ بِقَوْلِ مُبْنِيهِمْ ، فَحُرِّمَتْ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ، كَحَلِيلَةِ الابْنِ وَالْأَبِ . الثَّانِيَةُ (حَلَائِلُ الْآبَاءِ) يَعْنِي أَزْوَاجَهُمْ ، سُمِّيَتْ امْرَأَةُ الرَّجُلِ حَلِيلَةً ؛ لِأَنَّهَا مَحَلُّ إِزَارِ زَوْجِهَا ، وَهِيَ مُحَلَّلَةٌ لَهُ ، فَتَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ امْرَأَةُ أَبِيهِ ، قَرِيبًا كَانَ أَوْ بَعِيدًا ، وَارِثًا أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ ، مِنْ نَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ ^(٢) . وقال الْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ : لَقِيتُ خَالِي وَمَعَهُ الرَّايَةُ ، قَالَ : أَرْسَلَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً أَبِيهِ مِنْ بَعْدِهِ ، أَنْ أَضْرِبَ عُنُقَهُ أَوْ أَقْتُلَهُ . رواه التَّسَائِيُّ ^(٣) . وَفِي رِوَايَةٍ : لَقِيتُ عَمِّي

الرَّابِعُ ، دَخَلَ فِي قَوْلِهِ : وَحَلَائِلُ آبَائِهِ . كُلُّ مَنْ تَزَوَّجَهَا أَبُوهُ ، أَوْ جَدُّهُ لِأَبِيهِ أَوْ لِأُمِّهِ ، مِنْ نَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ، وَإِنْ عَلَا ، سواءً دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ ، طَلَّقَهَا

(١) أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی من یتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن یدخل بها ... ، من أبواب النکاح . عارضة الأحوذی ٤١/٥ . وعبد الرزاق ، فی : المصنف ٢٧٦/٦ . وابن عدی ، فی : الكامل ١٤٦٩/٤ . والبیهقی ، فی : السنن الکبری ١٦٠/٧ . وضعفه فی الإرواء ٢٨٦/٦ ، ٢٨٧ .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

(٣) فی : باب نکاح ما نکح الآباء ، من کتاب النکاح . المجتبى ٩٠/٦ . كما أخرجه الترمذی ، فی : باب =

وَأَبْنَائِهِ ، [٢٠٥ ظ] فَيَحْرُمْنَ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ دُونَ بَنَاتِهِنَّ ، المقتنع

الشرح الكبير الحارث بن عمرو ، «ومعه الرأية»^(١) . فذكر الخبر . رواه كذلك سعيد ، وغيره^(٢) . وسواء في هذا امرأة أبيه ، أو امرأة جدّه لأبيه ، وجدّه لأمّه ، قرب أم بعد ، وليس في هذا بين أهل العلم اختلاف فيما علمنا . وتحرّم عليه^(٣) من وطئها أبوه بملك يمين أو شبهة ، كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح . قال ابن المنذر : الملك في هذا الرضاع بمنزلة النسب ، ومن حفظنا ذلك عنه ؛ عطاء ، وطاوس ، والحسن ، وابن سيرين ، ومكحول ، وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، ولا نحفظ عن^(٤) أحد خلافهم . الثالثة ، حلائل الأبناء ، فتحرم على الرجل زوجة أئنه ، وابن أئنته ، من نسب أو رضاع ، قريباً كان أو بعيداً ، بمجرّد العقد ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾ . ولا نعلم في هذا خلافاً . ولا تحرّم بناتهن ، فيحلّ له نكاح ريبة أئنه وأبيه ؛

الإنصاف أو مات عنها أو افترقا بغير ذلك . ودخل في قوله : وأبنائه . يعني وحلائل أبنائه . كل من تزوّجها أحد من أولاده ، أو أولاد أولاده وإن نزلوا ، سواء كانوا من أولاد البنين أو البنات ، من نسب أو رضاع .

= في من تزوج امرأة أبيه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحمدي ١١٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٦٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢/٤ ، ٢٩٧ .

(١ - ١) في الأصل : « معه » .

(٢) أخرجه سعيد ، في : باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة ... السنن ٢٣٥/١ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يزني بحريمه ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٤٦٧/٢ .

والدارمي ، في : باب الرجل يتزوج امرأة أبيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٣/٢ .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) في الأصل : « أحد خلافة » .

وَالرَّبَائِبُ؛ وَهُنَّ بَنَاتُ نِسَائِهِ اللَّاتِي دَخَلَ بِهِنَّ دُونَ اللَّاتِي لَمْ يَدْخُلْ
 بِهِنَّ ،.....

الشرح الكبير

لقوله تعالى : ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ ^(١) . الرابعة ، بنات النساء اللاتي دخل بهن ، وهن الربائب ، فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن ، وهن كل بنت للزوجة ، من نسب أو رضاع ، قريبة أو بعيدة ، وارثة أو غير وارثة ، [١١٢/٦] على حسب ما ذكرنا في البنات ، فإذا دخل بالأُم ، حرمت عليه ، سواء كانت في حجره ، أو لم تكن في حجره ، ^(٢) في قول عامة الفقهاء ، إلا أنه روى عن عمر ، وعلى ، رضي الله عنهما ، أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره ^(٣) . وهو قول داود ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَرَبِّبُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ ﴾ . قال ابن المنذر : وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول . وذكرنا حديث عمرو بن شعيب في

الإنصاف

الخامس ، ظاهر قوله : والربائب ؛ وهن بنات نساءه اللاتي دخل بهن . أنه سواء كانت الربيبة في حجره أو لا . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . وقيل : لا تحرم إلا إذا كانت في حجره . اختاره ابن عقيل . وهو ظاهر القرآن .

فائدة : يحرم عليه بنت ابن زوجته . نقله صالح وغيره . وذكر الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، [٢١/٣] أنه لا يعلم فيه نزاعا . ذكره في « القاعدة الثانية والخمسين بعد المائة » . ولا تحرم زوجة ربيبه . ذكره القاضي في « المجرد » ،

(١) سورة النساء ٢٤ .

(٢ - ٣) سقط من : م .

المقنع **فَإِنْ مِثْنٌ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهَلْ تَحْرُمُ بَنَاتُهُنَّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .**

الشرح الكبير هذا ، وقال النبي ﷺ «^(١) لَأُمِّ حَبِيبَةَ^(٢) : « لَا تَعْرِضْنَ عَلَيَّ بَنَاتِكُنَّ وَلَا أَخَوَاتِكُنَّ »^(٣) . وَلِأَنَّ التَّرْبِيَةَ^(٤) لَا تَأْثِيرَ لَهَا فِي التَّحْرِيمِ ، كَسَائِرِ الْمُحَرَّمَاتِ . فَأَمَّا الْآيَةُ ، فَلَمْ تَخْرُجْ مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، وَإِنَّمَا وَصَفَهَا بِذَلِكَ تَعْرِيفًا لَهَا بِغَالِبِ حَالِهَا ، وَمَا خَرَجَ مَخْرَجَ الْغَالِبِ ، لَا يَصِحُّ التَّمَسُّكُ بِمَفْهُومِهِ . وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِالْمَرَأَةِ ، لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ بَنَاتُهَا ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ عُلَمَاءِ الْأُمَّصَارِ ، إِذَا بَانَتْ مِنْ نِكَاحِهِ .

٣١٣٦ - مسألة : (فَإِنْ مِثْنٌ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهَلْ تَحْرُمُ بَنَاتُهُنَّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِحْدَاهُمَا ، تَحْرُمُ ابْنَتُهَا . وَبِهِ قَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ . وَهِيَ اخْتِيَارُ

الإنصاف وابنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُنُونِ » . وَنَصَّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ ابْنِ مُشَيْشٍ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا أَعْلَمُ فِيهِ نِزَاعًا . وَيُيَاحُ لِلْمَرَأَةِ ابْنُ زَوْجَةِ ابْنِهَا ، وَابْنُ زَوْجِ ابْنَتِهَا ، وَابْنُ زَوْجِ أُمِّهَا ، وَزَوْجُ زَوْجَةِ ابْنِهَا ، وَزَوْجُ زَوْجَةِ ابْنِهَا . ذَكَرَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » .

قوله : فَإِنْ مِثْنٌ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهَلْ تَحْرُمُ بَنَاتُهُنَّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . يَعْنِي إِذَا مَاتَتْ

(١-١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الثيبات ، وباب : ﴿ وَأَمْهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ... ، وباب : ﴿ وَرِبَائِيكُمْ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ ﴾ ... ، وباب : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ ﴾ ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب المراضع من المواليات وغيرهن ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ٦/٧ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٨٧ . وأبو داود ، في : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٤/١ . والنسائي ، في : باب تحريم الجمع بين الأم والبنت ، وباب تحريم الجمع بين الأختين ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٧٨ ، ٧٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦/٢٩١ ، ٣٠٩ ، ٤٢٨ .

(٣) في الأصل : « الربيبة » .

الشرح الكبير

أبى بكرٍ ؛ لَأَنَّ الْمَوْتَ أُقِيمَ مُقَامَ الدُّخُولِ فِي تَكْمِيلِ الْعِدَّةِ وَالصَّدَاقِ ،
فَيَقُومُ مَقَامَهُ فِي تَحْرِيمِ الرِّبْيَةِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا تَحْرُمُ . وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَعَامَّةُ
الْعُلَمَاءِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوَامُّ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا تَزَوَّجَ
الْمَرْأَةَ ثُمَّ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا ، حَلَّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَتَهَا ، كَذَلِكَ
قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ ،
وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَمَنْ تَبِعَهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ
فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وَهَذَا نَصٌّ لَا يَتْرُكُ بَقِيَاسٍ ضَعِيفٍ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا
حَدِيثَ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ ، وَلِأَنَّهَا فُرْقَةٌ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَمْ تُحْرَمِ الرِّبْيَةُ ،

الإنصاف

الْمَعْقُودُ عَلَيْهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلِهَاجَتْ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،
و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ؛
إِحْدَاهُمَا ، لَا يَحْرُمَنَّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ
عَبْدُوسٍ فِي « تَذَكِيرَتِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » ،
و « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمَا ، وَحَكَاهُ
ابْنُ الْمُنْذِرِ إجماعاً . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَحْرُمَنَّ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الْمُقْنِعِ » .

فَائِدَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ لَوْ أَبَانَهَا بَعْدَ الْخُلُوعِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ ،
خِلَافًا وَمَذْهَبًا . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : إِذَا طَلَّقَ بَعْدَ الْخُلُوعِ
وَقَبْلَ الْوُطْءِ ، فَرَوَاتَانِ ؛ أَنْصَهُمَا - وَهُوَ الَّذِي قَطَعَ بِهِ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ الْكَبِيرِ »
فِي مَوْضِعٍ ، وَفِي « الْخِصَالِ » ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَالشَّيرَازِيُّ - ثُبُوتُ حُكْمِ الرِّبْيَةِ .

وَيُثْبِتُ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ ، المقنع

الشرح الكبير
كُفْرَقَةُ الطَّلَاقِ ، والموت لا يَجْرِي مَجْرَى الدُّخُولِ فِي الإِخْصَانِ
وَالِإِحْلَالِ ، وقيامه مقامه مِنْ وَجْهِ لَيْسَ بِأَوَّلَى مِنْ مُفَارَقَتِهِ إِيَّاهُ مِنْ وَجْهِ
آخَرَ ، ولو قام مقامه مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَلَا يُتْرَكُ صَرِيحُ^(١) نَصِّ اللَّهِ تَعَالَى وَ^(٢)
نَصِّ رَسُولِهِ لِقِيَاسٍ وَلَا غَيْرِهِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ الدُّخُولَ بِهَا وَطْؤُهَا ،
كُنِيَ عَنْهُ بِالْدُّخُولِ ، فَإِنْ خَلَا بِهَا وَلَمْ يَطْأُهَا ، لَمْ تَحْرُمِ ابْتِنُهَا ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ
مَدْخُولٍ بِهَا .

٣١٣٧ - مسألة : (وَيُثْبِتُ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ

الإِنصاف
وَالثَّانِيَةُ - وَهِيَ اخْتِيَارُ أَبِي مُحَمَّدٍ ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَالْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَفِي
« الْجَامِعِ » فِي مَوْضِعٍ - لَا يُثْبِتُ . وَقَدَّمَ فِي « الْمُعْنَى » أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ . وَصَحَّحَهُ
فِي مَوْضِعٍ آخَرَ . قُلْتُ : وَصَحَّحَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، فِي كِتَابِ
الصَّدَاقِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . الثَّانِيَةُ ، قَطَعَ^(٣) الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ^(٤) مِنَ الْأَصْحَابِ - فِي
الْمُبَاشَرَةِ^(٥) وَنَظَرِ الْفَرْجِ - بَعْدَ تَحْرِيمِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَقَدْ يُقَالُ
بِالتَّحْرِيمِ ؛ بِنَاءً عَلَى تَقَرُّرِ الصَّدَاقِ . وَيَأْتِي أَيْضًا التَّنْبِيهُ عَلَى الْخَلْوَةِ فِيمَا يُقَرَّرُ الصَّدَاقُ
فِي بَابِهِ . وَلَا يُثْبِتُ التَّحْرِيمُ بِاسْتِدْخَالِ مَاءِ الرَّجُلِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي « التَّعْلِيقِ » فِي
اللُّعَانِ .

قوله : وَيُثْبِتُ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ . أَمَّا ثُبُوتُ تَحْرِيمِ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « ولا » .

(٣) بعده في الأصل : « به » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(والْحَرَامِ) فَإِذَا زَنَى بِامْرَأَةٍ حَرُمَتْ عَلَى أَبِيهِ وَأَبْنَيْهِ، وَحَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا، كَمَا لَوْ وَطَّعَهَا بِشُبْهَةٍ أَوْ حَلَالًا. وَلَوْ وَطَّيَ أُمَّ امْرَأَتِهِ أَوْ ابْنَتَهَا، حَرُمَتْ عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ. نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى هَذَا فِي رَوَايَةِ جَمَاعَةٍ. وَرَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ. وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ، وَطَاوُسٌ، وَمُجَاهِدٌ، وَالشَّعْبِيُّ، وَالنَّخَعِيُّ، وَالثَّوْرِيُّ، وَإِسْحَاقُ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ. وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ وَطْءَ الْحَرَامِ لَا يُحَرِّمُ^(١). وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ، وَيَحْيَى بْنُ يَعْمَرَ، وَعُرْوَةُ، وَالزُّهْرِيُّ، وَمَالِكٌ، وَالشَّافِعِيُّ، وَأَبُو ثَوْرٍ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لَا يُحَرِّمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ»^(٢). وَلَأَنَّهُ [١١٢/٦] وَطْءٌ لَا تَصِيرُ بِهِ الْمُوْطُوءَةُ فِرَاشًا، «فَلَا يُحَرِّمُ»^(٣)، كَوَطْءِ الصَّغِيرَةِ. وَلَنَا، قَوْلُهُ سَبْحَانَهُ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾. وَالْوَطْءُ يُسَمَّى نِكَاحًا، قَالَ الشَّاعِرُ:

إِذَا زَنَيْتَ فَأَجِدْ نِكَاحًا

المُصْبَاهَرَةُ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ فَإِجْمَاعٌ. وَيُثْبِتُ بَوْطَءَ الشُّبْهَةِ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ. جَزَمَ بِهِ فِي «الْمُعْنَى»، وَ«الشَّرْحِ»، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ»، وَ«الْحَاوِيِ».

(١) أَخْرَجَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ، فِي: بَابِ الرَّجُلِ يَفْجَرُ بِالْمَرْأَةِ...، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. السَّنَنُ ١/ ٣٩٣.

وَالْبَيْهَقِيُّ، فِي: بَابِ الزَّنى لَا يَحْرِمُ الْحَلَالَ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. السَّنَنُ الْكُبْرَى ٧/ ١٦٨.

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ، فِي: بَابِ لَا يَحْرِمُ الْحَرَامُ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ١/ ٦٤٩. وَالدَّارِقُطْنِيُّ، فِي:

بَابِ الْمَهْرِ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. سَنَنُ الدَّارِقُطْنِيِّ ٣/ ٢٦٨. وَالبَيْهَقِيُّ، فِي: بَابِ الزَّنى لَا يَحْرِمُ الْحَلَالَ، مِنْ كِتَابِ

النِّكَاحِ. السَّنَنُ الْكُبْرَى ٧/ ١٦٨، ١٦٩.

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ: م.

فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْآيَةِ ، وَفِي الْآيَةِ قَرِينَةٌ تَصْرِفُهُ إِلَى الْوَطْءِ ، وَهُوَ قَوْلُهُ سَبْحَانَهُ : ﴿ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ . وَهَذَا التَّغْلِيظُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْوَطْءِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَى رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْتَنَاهَا »^(١) . وَرَوَى الْجَوْزْجَانِيُّ بِإِسْنَادِهِ عَنْ وَهْبِ ابْنِ مُنْبِهٍ قَالَ : مَلْعُونٌ مَنْ نَظَرَ^(٢) إِلَى فَرْجِ^(٣) امْرَأَةٍ وَابْتَنَاهَا^(٤) . فَذَكَرَتْهُ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، فَأَعْجَبَهُ . وَلَأَنَّ مَا تَعَلَّقَ مِنَ التَّحْرِيمِ بِالْوَطْءِ الْمُبَاحِ^(٥) ، تَعَلَّقَ بِالْمَحْظُورِ ، كَوَطْءِ الْحَائِضِ ، وَلَأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ يُفْسِدُهُ الْوَطْءُ بِالشُّبْهَةِ ، فَأَفْسَدَهُ الْوَطْءُ الْحَرَامَ ، كَالْإِحْرَامِ . وَحَدِيثُهُمْ لَا نَعْرِفُ صِحَّتَهُ ، وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ كَلَامِ ابْنِ أَشْوَعٍ^(٦) بَعْضُ قُضَاةِ الْعِرَاقِ ، كَذَلِكَ قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ . وَقِيلَ : إِنَّهُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَوَطْءُ

الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ إِجْمَاعًا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : لَا يَثْبُتُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » . وَحِكَايَةُ هَذَا الْوَجْهِ مِنْهُ عَجِيبٌ ؛ فَإِنَّهُ جَزَمَ بِأَنَّ الْوَطْءَ فِي الزَّنى كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، وَأُطْلِقَ وَجْهَيْنِ فِي الْوَطْءِ بِشُبْهَةٍ .

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَقَعُ عَلَى أُمِّ امْرَأَتِهِ ... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُصَنَّفُ ١٦٥/٤ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَهْرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٢٦٩/٣ . مُوقُوفًا بِهَذِهِ الرَّوَايَةِ . وَعِنْدَ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ مَرْفُوعًا بِرَوَايَةِ أُخْرَى تَأْتِي فِي صَفْحَةِ ٢٩٥ . وَانْظُرْ : السَّنَنِ الْكُبْرَى لِلْبَيْهَقِيِّ ١٧٠/٧ .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمُصَنَّفُ ١٦٨/٤ بِنَحْوِهِ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) هُوَ سَعِيدُ بْنُ عَمْرِو بْنِ أَشْوَعٍ ، بَفَتْحِ الْهَمْزَةِ وَسُكُونِ الشَّيْنِ وَفَتْحِ الْوَاوِ وَبِالْعَيْنِ الْمَهْمَلَةِ ، الْهَمْدَانِيُّ الْكُوفِيُّ ، قَاضِي الْكُوفَةِ ، شَيْخٌ مِنْ ثِقَاتِ الْكُوفِيِّينَ ، تَوَفَّى فِي وِلَايَةِ خَالِدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَأَرْخَهُ ابْنُ قَانِعٍ سَنَةَ عَشْرِينَ وَمِائَةً . انْظُرْ : تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٦٧/٤ .

الصغيرة ممنوع ، ثم ^(١) يَظُلُّ بَوَاطِءِ الشُّبْهَةِ .

فصل : والوَطْءُ على ثلاثة أَضْرُبٍ ؛ مُبَاحٌ ، وهو الوَطْءُ من نِكَاحٍ صحيحٍ أو ملكٍ يمينٍ ، فَيَتَعَلَّقُ به تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بِالْإِجْمَاعِ ، وَيَصِيرُ مَحْرَمًا لِمَنْ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ عَلَى التَّائِيدِ بِسَبَبِ مُبَاحِ ، أَشْبَهَ النَّسَبِ . الثاني ، الوَطْءُ بِالشُّبْهَةِ ، وهو الوَطْءُ في نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أو شِرَاءٍ فَاسِدٍ ، أو وَطْءِ امْرَأَةٍ ظَنَّنَا امْرَأَتَهُ أَوْ أُمَّتَهُ ، أَوْ وَطْءِ الْأُمَةِ الَّتِي لَهُ ^(٢) فِيهَا شِرْكٌ ، وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ ، فَيَتَعَلَّقُ به التَّحْرِيمُ كَتَعَلُّقِهِ بِالْوَطْءِ الْمُبَاحِ إِجْمَاعًا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ

فائدة : ظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أَنَّ وَطْءَ الشُّبْهَةِ لَيْسَ بِحَلَالٍ وَلَا حَرَامٍ ؛ فَقَالَ : الْإِنْصَافُ وَوَطْءُ الْحَرَامِ مُحَرَّمٌ كَمَا يُحَرَّمُ وَطْءُ الْحَلَالِ وَالشُّبْهَةِ . وَصَرَّحَ الْقَاضِي فِي « تَعْلِيْقِهِ » أَنَّهُ حَرَامٌ . وَأَمَّا ثُبُوتُهُ بِالْوَطْءِ الْحَرَامِ فَهُوَ الْمَذْهَبُ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْصَارِ » أَنَّهُ يَثْبُتُ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بَوَاطِءِ الدُّبْرِ بِالِاتِّفَاقِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » : إِذَا وَطِئَ امْرَأَةً بَزَنَى كَانَ كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ . وَقِيلَ : لَا يَثْبُتُ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بَوَاطِءِ الدُّبْرِ . وَنَقَلَ بِشَرِّ بْنِ مُحَمَّدٍ ^(٣) ، لَا يُعْجِبُنِي . وَنَقَلَ الْمِمْوُنِيُّ ، إِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ

(١) في م : « لم » .

(٢) سقط من : م .

(٣) لعله بشر بن محمد السخيتاني المروزي ، أبو محمد ، روى عن ابن المبارك ، وعنه البخاري . توفي سنة أربع وعشرين ومائتين . تهذيب التهذيب ٤٥٧/١ .

على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسدٍ أو شراءٍ فاسدٍ ، أنها تحرم على أبيه وأبيه ، وأجداده وولده ولده . وهذا مذهب مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ؛ لأنه وطئ يلحق به النسب ، فأثبت التحريم ، كالوطء المباح . ولا يصير به الرجل محرماً لمن حرمت عليه ، ولا يُباح له النظر إليها بذلك ؛ لأن^(١) الوطء ليس بمباح ، والمحرمة تتعلّق بكمال حرمة الوطء ؛ لأنها إباحة ، ولأن الموطوءة لم يستباح النظر إليها ، فلأن لا يستباح النظر إلى غيرها به^(٢) أولى . الثالث ، الحرام المحض ، وهو الزنى ، فيثبت به التحريم ، على الخلاف المذكور ، ولا تثبت به المحرمة ، ولا إباحة النظر ؛ لأنها إذا لم تثبت بوطء الشبهة ، فبالحرام المحض أولى ، ولا يثبت به النسب ، ولا يجب به المهر للمطأعة إذا كانت حرة .

بالحلال^(٣) على ظاهر الآية^(٤) ، والحرام مبين للحلال . وقال الشيخ تقي الدين : الوطء الحرام لا ينشر تحريم المصاهرة . واعتبر في موضع آخر التوبة حتى في اللواط ، وحرّم بنته من الزنى ، وقال : إن وطئ بنته غلطاً لا ينشر ؛ لكونه لم يتخذها زوجة ، ولم يعلن نكاحاً .

(١) في م : « و » .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل ، ط : « الحلال » .

(٤) سورة النساء ٢٣ .

فَإِنْ كَانَتْ الْمَوْطُوءَةُ مَيْتَةً أَوْ صَغِيرَةً ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ، المنع

فصل : وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْوَطْءُ فِي الْقُبْلِ وَالذُّبْرِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ إِذَا وُجِدَ فِي الزَّوْجَةِ وَالْأَمَةِ ، فَكَذَلِكَ فِي الزَّنى .

٣١٣٨ - مسألة : (فَإِنْ كَانَتْ الْمَوْطُوءَةُ مَيْتَةً أَوْ صَغِيرَةً) لَا يُوطَأُ مِنْهَا (فَعَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، أَنَّ وَطْءَ [١١٣/٦ ر] الْمَيْتَةِ يَنْشُرُ^(١) الْحُرْمَةَ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ الْمُؤَبَّدَةَ ، فَلَمْ يَخْتَصَّ بِالْحَيَاةِ ، كَالرِّضَاعِ . وَالثَّانِي ، لَا يَنْشُرُهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْبُضْعِيَّةِ ، وَلِأَنَّ التَّحْرِيمَ يَتَعَلَّقُ بِاسْتِيفَاءِ مَنَفْعَةِ الْوَطْءِ ،

تَنْبِيهِ : شَمِلَ قَوْلُهُ : الْحَرَامِ . الْوَطْءَ فِي قُبْلِهَا وَذُبْرِهَا . وَهُوَ كَذَلِكَ . قَالَه الْأَصْحَابُ ، كَمَا تَقَدَّمَ . فَلَوْ زَنَى بَامْرَأَةٍ ، حُرِّمَتْ عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ ، وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا [٢١/٣ ظ] وَابْنَتُهَا ، كَوَطْءِ الْحَلَالِ وَالشُّبْهَةِ . وَلَوْ وَطِئَ أُمَّ امْرَأَتِهِ أَوْ ابْنَتَهَا ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَلَكِنْ^(٢) لَا يُثْبِتُ مَحْرَمِيَّةً ، وَلَا إِبَاحَةَ النَّظَرِ .

قوله : فَإِنْ كَانَتْ الْمَوْطُوءَةُ مَيْتَةً أَوْ صَغِيرَةً ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلَقَتْهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُثْبِتُ التَّحْرِيمَ بِذَلِكَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَثْبِتُ » .

(٢) فِي ط : « وَقِيلَ » .

المقنع وَإِنْ بَاشَرَ امْرَأَةً أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا ، أَوْ خَلَا بِهَا لَشَهْوَةٍ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ،.....

الشرح الكبير والموت يُطِيلُ الْمَنَافِعَ . وَأَمَّا الرِّضَاعُ ، فَيُحَرِّمُ ؛ لِمَا (١) يَحْصُلُ بِهِ مِنْ إِبْنَاتِ اللَّحْمِ وَإِنْشَارِ الْعَظْمِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ مِنْ لَبَنِ الْمَيْتَةِ . وَفِي وَطْءِ الصَّغِيرَةِ أَيْضًا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْشُرُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لَادِمِيَّةٌ حَيَّةٌ فِي الْقُبُلِ ، أَشْبَهَ وَطْءَ الْكَبِيرَةِ (٢) . وَالثَّانِي ، لَا يَنْشُرُهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْبُضْعِيَّةِ (٣) ، أَشْبَهَ وَطْءَ الْمَيْتَةِ .

٣١٣٩ - مسألة : (وَإِنْ بَاشَرَ امْرَأَةً ، أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا ، أَوْ خَلَا بِهَا لَشَهْوَةٍ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ) إِذَا بَاشَرَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ لَغَيْرِ شَهْوَةٍ ، لَمْ يَنْشُرْ

الإنصاف وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، فِي وَطْءِ الصَّغِيرَةِ ، وَقَالَ : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَصَحَّحَهُ الزَّرْكَاشِيُّ فِي الصَّغِيرَةِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَثْبُتُ بِهِ التَّحْرِيمُ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، فِي الصَّغِيرَةِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » فِيهِمَا (٤) .

تنبیه : مُرَادُهُ بِالصَّغِيرَةِ ، الصَّغِيرَةُ الَّتِي لَا يُوطَأُ مِثْلُهَا . قَالَ الْأَصْحَابُ .

قوله : وَإِنْ بَاشَرَ امْرَأَةً ، أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا ، أَوْ خَلَا بِهَا لَشَهْوَةٍ - (٥) يَعْنِي ، فِي الْحَرَامِ ، أَوْ لَمَسَهَا بِشَهْوَةٍ (٥) - فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي م : « مَا » .

(٢) فِي م : « الْكَبِيرِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لِلْبُضْعِيَّةِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : « فِيهَا » .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : ط .

الْحُرْمَةُ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُهُ . وإن كان لشهوةٍ ، وكان في أَجْنَبِيَّةٍ ، لم يَنْشُرْ
الْحُرْمَةُ أَيضًا . قال الجوزجاني : سألتُ أحمدَ عن رجلٍ نَظَرَ إلى أُمِّ امرَأَتِهِ
مِنْ شَهْوَةٍ ، أو قَبَّلَهَا ، أو بَاشَرَهَا . فقال : أنا أقولُ : لا يُحَرِّمُهُ شَيْءٌ مِنْ
ذلك إِلَّا الجِماعُ . وكذلك نَقَلَ أحمدُ بْنُ القاسِمِ ، وإسحاقُ بْنُ منصورٍ .
وإن كانتِ الْمُبَاشَرَةُ لامرَأَةٍ مُحَلَّلَةٍ لَهُ ، كَامرَأَتِهِ وَمَمْلُوكَتِهِ ، لم تَحَرِّمُ عَلَيْهِ
اِبْتِثُهَا . قال ابنُ عباسٍ : لا يُحَرِّمُ الرَّبِيبَةُ إِلَّا الجِماعُ^(١) . وبه قال
طاوُسٌ ، وعمرُو بْنُ دِينَارٍ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قال : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ
بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وهذا ليس بِدُخُولٍ ، فلا يُتْرَكُ النَّصُّ الصَّرِيحُ
مِنْ أَجْلِهِ . وَأَمَّا تَحْرِيمُ أُمِّهَا ، وَتَحْرِيمُهَا عَلَى أَبِي الرَّجُلِ الْمُبَاشِرِ لَهَا ، وإِينَهُ ،
فإنَّهَا فِي النِّكَاحِ تَحَرِّمُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ قَبْلَ الْمُبَاشَرَةِ ، فلا يَظْهَرُ لِلْمُبَاشَرَةِ
أَثَرٌ . وَأَمَّا الْأُمَّةُ ، فَمَتَى بَاشَرَهَا دُونَ الْفَرْجِ لَشَهْوَةٍ ، فهل يَثْبُتُ تَحْرِيمُ
المُصَاهَرَةِ ؟ فيه رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَنْشُرُهَا . رَوَى ذلك عن ابنِ عمرَ ،
وابنِ عمرو ، ومُسْرُوقٍ . وبه قال القاسمُ ، والحسنُ ، ومكحولٌ ،
والنَّخَعِيُّ ، والشَّعْبِيُّ ، ومالكٌ ، والأوزاعيُّ ، وأبو حنيفةٌ ، وعليُّ بْنُ
المَدِينِيِّ . وهو أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ اسْتِمْتَاعٍ ، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،
و « الْفُرُوعِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » ، فيما إذا ^(٢) بَاشَرَ
الْأُمَّةَ^(٢) لَشَهْوَةٍ ، أو نَظَرَ إلى فَرْجِهَا لَشَهْوَةٍ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » ، فِي الْقُبْلَةِ ،

(١) أخرج نحوه سعيد بن منصور ، في : سننه ٢٣٤/١ .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « بَاشَرَهَا » .

تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، كَالْوَطْءِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَثْبُتُ بِهَا التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّهَا مُلَامَسَةٌ لَا تُوجِبُ الْغُسْلَ ، فَلَمْ يَثْبُتْ بِهَا التَّحْرِيمُ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ لَشَهْوَةٍ^(١) ، وَلَأنَّ ثُبُوتَ التَّحْرِيمِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِنَصٍّ أَوْ قِيَاسٍ عَلَى الْمَنْصُوصِ ، وَلَا نَصٌّ فِي هَذَا ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ وَلَا الْمُجْمَعِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْوَطْءَ يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ اسْتِقْرَارُ الْمَهْرِ ، وَالْإِحْصَانُ ، وَالْاِغْتِسَالُ ، وَالْعِدَّةُ ، وَإِفْسَادُ الْإِحْرَامِ وَالصَّيَامِ ، بِخِلَافِ اللَّمَسِ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا الرَّوَايَتَيْنِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ . قَالَ شَيْخُنَا^(٢) : وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَمَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ لَشَهْوَةٍ فَهُوَ كَلَمَسِهَا لَشَهْوَةٍ ، فِيهِ

وَاللَّمَسُ بِشَهْوَةٍ ، وَالنَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ .^(٣) وَقَطَعَ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، بَعْدَ التَّحْرِيمِ فِيمَا إِذَا بَاشَرَ حُرَّةً ، وَقَالَا : وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ الرَّوَايَتَيْنِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ . وَالتَّفْصِيلُ أَقْرَبُ إِلَى الصَّوَابِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى^(٤) ؛ إِخْدَاهُمَا ، لَا يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : لَمْ يَنْشُرْ ، فِي أَصَحِّ الرَّوَايَتَيْنِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْخُلُوءَ بِالْمَرْأَةِ لَا تُنْشُرُ الْحُرْمَةَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تُنْشُرُ الْحُرْمَةَ بِذَلِكَ .

تنبيه : مَفْهُومُ قَوْلِهِ : أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا . أَنَّهُ لَوْ نَظَرَ إِلَى غَيْرِهِ مِنْ بَدَنِهَا لَشَهْوَةٍ لَا يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَعَنْهُ ،

(١) فِي م : « شَهْوَةٍ » .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٥٣٢/٩ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَيْضًا رَوَيْتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ فِي مَوْضِعٍ يَنْشُرُهَا اللَّمْسُ . رُوِيَ
عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ عُمَرَ ، وَعَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ^(١) ، وَكَانَ [١١٣/٦ ط] بَذْرِيًّا ،
وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ ، فِي مَنْ يَشْتَرِي الْخَادِمَ ، ثُمَّ يُجَرِّدُهَا أَوْ يُقَبِّلُهَا ، لَا يَحِلُّ
لَا بَيْنَهُمَا^(٢) وَطَوُّهَا . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاسِمِ ، وَالْحَسَنِ ، وَجَاهِدٍ ، وَمَكْحُولٍ ،
وَحَمَادِ بْنِ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْعُودٍ عَنْ
النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُمُّهَا
وَبَتُّهَا »^(٣) . وَفِي رِوَايَةٍ : « لَا يَنْظُرُ اللَّهُ إِلَى رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ
وَابْتَنَاهَا »^(٤) . وَالثَّانِيَّةُ ، لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَكْثَرِ
أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ . وَلَأنَّهُ نَظَرٌ
مِنْ غَيْرِ مُبَاشَرَةٍ ، فَلَمْ يُوجِبِ التَّحْرِيمَ ، كَالنَّظَرِ إِلَى الْوَجْهِ ، وَالْخَبَرُ
ضَعِيفٌ . قَالَه الدَّارَقُطْنِيُّ . وَقِيلَ : هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى ابْنِ مَسْعُودٍ . ثُمَّ
يَحْتَمِلُ أَنَّهُ كُنِيَ بِذَلِكَ عَنِ الْوَطْءِ . وَأَمَّا النَّظَرُ إِلَى سَائِرِ الْبَدَنِ ، فَلَا يَنْشُرُ
حُرْمَةً . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا فَرْقَ بَيْنَ النَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ وَسَائِرِ الْبَدَنِ

يَنْشُرُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْحُسَيْنِ ، وَنَقَلَهُ الْمَيْمُونِيُّ ، وَابْنُ هَانِيٍّ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ،
وَالشَّارِحُ : وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا فَرْقَ بَيْنَ النَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ وَسَائِرِ الْبَدَنِ لَشَهْوَةٍ .
وَالصَّحِيحُ خِلَافُ ذَلِكَ ، ثُمَّ قَالَا : لَا خِلَافَ نَعْلَمُهُ فِي أَنَّ النَّظَرَ إِلَى الْوَجْهِ لَا يُثَبِّتُ

(١) فِي م : « زَمْعَةٌ » .

(٢) فِي النُّسخَتَيْنِ : « لِأَيِّهِ » . وَانْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ عَنْهُمْ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ١٦٣/٤ ، ١٦٤ . وَمَا
أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، عَنْ عُمَرَ وَعَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ٢٨٠/٦ ، ٢٨١ .

(٣) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٨٨ .

لشهوة . والصحيح خلاف هذا ، فإن غير الفرج لا يُقاسُ عليه ؛ لما بينهما من الفرق . ولا خلاف نعلمه في أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة ، فكذلك غيره ، ولا خلاف أيضًا في^(١) أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر الحرمة ؛ لأن اللّمس الذي هو أبلغ منه ، لا يؤثر إذا لم يكن لشهوة ، فالنظر أولى . وموضع الخلاف في اللّمس والنظر في من بلغت تسع سنين فما زاد ، فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك . وقد روى عن أحمد في بنت سبع : إذا قبلها حرمت عليه^(٢) أمها . قال القاضي : هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة .

فصل : فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة ، فحكمه في التحريم حكم نظره إليها . نص عليه أحمد ؛ لأنه معني يوجب التحريم ، فاستوى فيه الرجل والمرأة ، كالجماع . وكذلك ينبغي أن يكون حكم لمسها له وقبلتها إياه لشهوة ؛ لما ذكرنا .

فصل : والصحيح أن الخلوة بالمرأة لا تنشر الحرمة . وقد روى عن أحمد : إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ، ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها . قال القاضي : هذا محمول على أنه حصل مع الخلوة مباشرة .

الإنصاف الحرمة .

فائدة : حكم مباشرة المرأة للرجل ، أو نظرها إلى فرجه ، أو خلوتها به لشهوة ، حكم الرجل على ما تقدم ، خلافاً ومذهباً .

(١) سقط من : م .

وَأَنَّ تَلَوَّطَ بَغْلَامٍ ، حَرَّمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمُّ الْآخِرِ وَأَبْنَتُهُ .
وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، هُوَ كَالْوَطْءِ دُونَ الْفَرْجِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ .

الشرح الكبير

فِيخْرَجُ كَلَامُهُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَّائِيْنِ اللَّتَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا ، فَأَمَّا مَعَ خُلُوهِ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَا يُؤْثَرُ فِي تَحْرِيمِ الرَّبِيبَةِ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ مُخَالَفَةِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وَأَمَّا الْخُلُوةُ بِأَجْنَبِيَّةٍ أَوْ أُمِّهِ ، فَلَا تَنْشُرُ تَحْرِيمًا . لَا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ خِلَافًا .

٣١٤٠ - مسألة : (وَمَنْ تَلَوَّطَ بَغْلَامٍ ، حَرَّمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمُّ الْآخِرِ وَأَبْنَتُهُ) قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا ، قَالَ : وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي الْفَرْجِ ، فَتَنْشُرُ الْحُرْمَةَ ، كَوَطْءِ الْمَرْأَةِ ، وَلِأَنَّهَا بَنَتْ مَنْ وَطِئَهُ أَوْ أُمُّهُ ، فَحَرَّمَتَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الْمَوْطُوءَةُ أَنْثَى . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَكُونُ ذَلِكَ ^(١) كَالْمُبَاشَرَةِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، فَيَكُونُ فِيهِ

الإنصاف قوله : وَأَنَّ تَلَوَّطَ بَغْلَامٍ ، حَرَّمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمُّ الْآخِرِ وَأَبْنَتُهُ . يَعْنِي ، أَنَّهُ يَحْرُمُ بِاللَّوْطِ مَا يَحْرُمُ بِوَطْءِ الْمَرْأَةِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصَّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » : ^(٢) « هَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ^(٢) ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينٍ » . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . وَعِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ، هُوَ كَالْوَطْءِ دُونَ الْفَرْجِ . يَعْنِي ، كَالْمُبَاشَرَةِ دُونَ الْفَرْجِ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْخِلَافِ .

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

الروايتان . والصحيح أن هذا لا ينشر الحُرمة^(١) ، فإن هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم ، فيدخلن في عموم قوله تعالى : [١١٤/٦] ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ . ولأنهن غير منصوص عليهن ، ولا هن في معنى المنصوص عليه ، فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن ، فإن المنصوص عليهن في هذا حلائل الأبناء ومن نكحهن الآباء ، وأمهات النساء وبناتهن ، وليس هؤلاء منهن ، ولا في معنهن ؛ لأن الوطاء في المرأة يكون سبباً للبضعية ، ويوجب المهر ، ويلحق به السب ، وتصير به المرأة فراشاً ، ويثبت أحكاماً لا يثبتها اللواط ، فلا يجوز إلحاقه بهن ؛ لعدم العلة ، وانقطاع الشبه ، ولذلك لو أُرْضِعَ الرجل طفلاً ، لم يثبت به حكم التحريم ، فهنا أولى . وإن قُدِّرَ بينهما شبهة من وجه ضعیف ، فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به ، واطراح النص بمثله .

قال المصنف ، والشارح : وهو الصحيح . قال في « الفروع » : اختاره جماعة . وقال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله : المنصوص عن الإمام أحمد ، رحمه الله : في مسألة التلوط ؛ أن الفاعل لا يتزوج بنت المفعول فيه ولا أمه . قال : وهو قياس جيد . قال : فأما^(٢) تزوج المفعول فيه بأم الفاعل ، ففيه نظر ، ولم ينص عليه . قال ابن رزين في « شرحه » : وقيل : لا ينشر الحُرمة البتة . وهو أشبه . انتهى . تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن ذواعي اللواط ليست كاللواط . وهو صحيح ، وهو المذهب . قدمه في « الفروع » . وذكر ابن عقيل ، وابن البناء ،

(١) بعده في الأصل : « فيهن » .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحُ بَنْتِهِ مِنَ الزَّوْنِ ، وَأُخْتِهِ ، وَبِنْتِ ابْنِهِ ،
وَبِنْتِ بَنْتِهِ ، وَبِنْتِ أُخِيهِ^(١) وَأُخْتِهِ مِنَ الزَّوْنِ ، في قول عامة الفقهاء . وقال
مالك ، والشافعي في المشهور من مذهبه : يجوز ذلك^(٢) ؛ لأنها أجنبية
منه ، لا تنسب إليه شرعاً ، ولا يجري التوارث بينهما ، ولا تعتق عليه
إذا ملكها ، ولا تلزمه نفقتها ، فلم تحرم عليه ، كسائر الأجانب . ولنا ،
قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ . وهذه بنته ، فإنها
أنثى^(٣) مخلوقة من مائه ، وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرم ،
و^(٤) يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية^(٥) : « انظروا »
يعني ولدها « فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كَذَا فَهُوَ لَشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ » .
يعني الزاني^(٦) . ولأنها مخلوقة من مائه ، فأشبهت المخلوقة من وطء
الشبهة ، ولأنها بضعة منه ، فلم تحل له ، كبنته من النكاح ، وتختلف
بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتاً ، كما لو تختلف لرق أو اختلاف دين .
إذا ثبت هذا ، فلا فرق بين علمه بكونها منه ، مثل أن يطأ امرأة في طهر

الإنصاف

أنه كاللواط . وأطلقهما في « الرعاية » .

فائدة : السحاق بين النساء لا ينشئ الحرمة . ذكره ابن عقيل في « مفرداته »

(١) في الأصل : « أخته » .

(٢) في م : « له » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « وما » .

(٥) بعده في الأصل : « الضمري » .

(٦) تقدم تخريجه في ٣٣٨/١٦ .

المقنع القسم الرابع ، المَلَاعِنَةُ تَحْرُمُ عَلَى الْمَلَاعِنِ عَلَى التَّأْيِيدِ ، إِلَّا أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ ، فَهَلْ تَحِلُّ لَهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير لم يُصِبْهَا فِيهِ غَيْرُهُ ، ثُمَّ يَحْفَظُهَا حَتَّى تَضَعَ ، أَوْ يَشْتَرِكَ جَمَاعَةً فِي وَطْءِ امْرَأَةٍ ، فَتَأْتِي بَوْلِدٍ لَا يُعْلَمُ هَلْ هُوَ مِنْهُ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ؟ فَإِنَّهَا تَحْرُمُ عَلَى جَمِيعِهِمْ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا بِنْتُ مَوْطُوعَتِهِمْ . وَالثَّانِي ، أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهَا بِنْتُ بَعْضِهِمْ ، فَتَحْرُمُ عَلَى الْجَمِيعِ ، كَمَا لَوَزَوْجُ الْوَلِيَّانِ وَلَمْ يُعْلَمِ السَّابِقُ مِنْهُمَا . وَتَحْرُمُ عَلَى أَوْلَادِهِمْ ؛ لِأَنَّهَا أُخْتُ^(١) بَعْضِهِمْ غَيْرَ مَعْلُومٍ ، فَإِنْ الْحَقَّتْهَا الْقَافَةُ بِأَحَدِهِمْ ، حَلَّتْ لِأَوْلَادِ الْبَاقِينَ .

(القسم الرابع ، المَلَاعِنَةُ ، تَحْرُمُ عَلَى الْمَلَاعِنِ عَلَى التَّأْيِيدِ) أَمَّا إِذَا لَمْ يُكَذِّبْ نَفْسَهُ ، فَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا قَالَ بِخِلَافِ ذَلِكَ إِلَّا قَوْلًا شَاذًا ، فَإِنْ

الإنصاف محلّ وفاقٍ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : قِيَاسُ التَّضَوُّصِ فِي اللَّوَاطِ ، أَنَّهُ يُخْرَجُ عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِي مُبَاشَرَةِ الرَّجُلِ الرَّجُلَ لَشَهْوَةٍ .

قوله : القسم الرابع ، المَلَاعِنَةُ تَحْرُمُ عَلَى الْمَلَاعِنِ عَلَى التَّأْيِيدِ ، إِلَّا أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ ، فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَحِلُّ ، بَلْ تَحْرُمُ عَلَى التَّأْيِيدِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . نَقَلَهَا الْجَمَاعَةُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَعَلَيْهِ [٢٢/٣] جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ الْمُصَنِّفُ فِي هَذَا الْكِتَابِ ، فِي بَابِ اللَّعَانِ . قَالَ الشَّارِحُ : الْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ ، أَنَّهَا بَاقِيَةٌ عَلَى التَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ ، وَالْعَمَلُ عَلَيْهَا .

(١) فِي م : « ابْنَةُ » .

الشرح الكبير

أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَالْمَشْهُورُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهَا بَاقِيَةٌ عَلَى التَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً شَاذَّةً ، أَنَّهَا تَحِلُّ لَهُ ، وَتَعُودُ فِرَاشًا لَهُ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ وَجَدَ مِنْهُ مَا يُبَيِّنُهَا^(١) ؛ لِأَنَّهُ رَجَعَ عَنِ الْمَعْنَى الْمُحَرَّمِ ، فزَالَ التَّحْرِيمُ ، وَلِذَلِكَ

الإنصاف

وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » فِي بَابِ اللَّعَانِ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » أَيْضًا . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تُبَاحُ لَهُ . قَالَ ابْنُ رَزِينٍ . وَهُوَ أَظْهَرُ . قَالَ الشَّارِحُ هُنَا فِي بَابِ اللَّعَانِ : وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ شَذَّابُهَا حَنْبَلٌ عَنْ أَصْحَابِهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا نَعْلَمُ أَحَدًا رَوَاهَا غَيْرَهُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : يَنْبَغِي أَنْ تُحْمَلَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يُفَرَّقِ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَأَمَّا إِنْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، فَلَا وَجْهَ لِبَقَاءِ النِّكَاحِ بِحَالِهِ . انْتَهَى . وَعَنْهُ ، تُبَاحُ^(٢) نِكَاحِ جَدِيدٍ ، أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ ، إِنْ كَانَتْ أُمَّةً . وَيَأْتِي هَذَا فِي اللَّعَانِ أَيْضًا مُسْتَوْفًى ، فَلْيُرَاجَعْ .^(٣) فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَوْ وَقَعَ اللَّعَانُ بَعْدَ الْبَيْنُونَةِ ، أَوْ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، فَهَلْ يُفِيدُ التَّحْرِيمَ الْمُؤَبَّدَ ، أَمْ لَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . ذَكَرُوهُ فِي اللَّعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَحْرُمُ أَيْضًا عَلَى التَّأْيِيدِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَدَّمَهُ فِي « الْكَافِي » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَتَأَبَّدُ التَّحْرِيمُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ . قَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ »^(٣) .

فائدة : ذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي كِتَابِ التَّحْلِيلِ ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا قَتَلَ رَجُلًا لِيَتَزَوَّجَ امْرَأَتَهُ ، أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ أَبَدًا . وَسُئِلَ عَنْ رَجُلٍ خَبَثَ

(١) فِي م : « بَيَّنَّهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « تَبَاحَ » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْمُحَرَّمَاتُ إِلَى أَمَدٍ ، وَهُنَّ نَوَعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْمُحَرَّمَاتُ لِأَجْلِ الْجَمْعِ ، فَيَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ،

يُحَدِّثُ وَيُلَحِّقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ ، وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ شَذَّهَا حَبْلٌ عَنْ أَصْحَابِهِ ، وَتَفَرَّدَ بِهَا ، وَالْعَمَلُ عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، وَهَذَا يُذَكِّرُ فِي بَابِ اللَّعَانِ مَبْسُوطًا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

[١١٤/٦] **فصل :** قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (الضَّرْبُ الثَّانِي ، الْمُحَرَّمَاتُ إِلَى أَمَدٍ ، وَهُنَّ نَوَعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْمُحَرَّمَاتُ لِأَجْلِ الْجَمْعِ ، فَيَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ) سَوَاءٌ كَانَتَا مِنْ نَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ، حُرَّتَيْنِ كَانَتَا أَوْ أُمْتَيْنِ ، أَوْ حُرَّةً وَأُمَةً ، مِنْ أَبَوَيْنِ كَانَتَا أَوْ مِنْ أَبٍ أَوْ أُمٍّ ، وَسَوَاءٌ

امْرَأَةً عَلَى زَوْجِهَا حَتَّى طَلَّقَتْ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ؟ أَجَابَ : يُعَاقَبُ مِثْلُ هَذَا عُقُوبَةً يَلِغَةُ ، وَالتَّكَاحُ بَاطِلٌ فِي أَحَدِ قَوْلَيْ الْعُلَمَاءِ فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ وَالْإِمَامِ مَالِكٍ وَغَيْرِهِمَا ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ ، وَيَجِبُ التَّفْرِيقُ فِيهِ .

فوائد : إحداهما^(١) ، إِذَا فُسِّخَ الْحَاكِمُ نِكَاحَهُ لِعُنْتِهِ ، أَوْ غَيْبٍ فِيهِ يُوجِبُ الْفُسْخَ ، لَمْ تَحْرُمْ عَلَى التَّائِيدِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، ذَكَرَهُ فِي بَابِ الْغُيُوبِ . وَعَنْهُ ، تَحْرُمُ عَلَى التَّائِيدِ ، كَاللَّعَانِ .

الثَّانِيَةُ ، قَوْلُهُ : فَيَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ وَبَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، أَوْ خَالَتِهَا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « إِحْدَاهُمَا » .

وَيَبَيِّنُ الْمَرْأَةَ وَعَمَّتُهَا أَوْ خَالَتُهَا ، المقنع

في هذا ما قبل الدُّخُولِ أو بعده ؛ لِعُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ . الشرح الكبير

٣١٤١ - مسألة : (و) يَحْرُمُ الْجَمْعُ (بين المرأة وعمتها أو خالتها) قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ ، وَلَيْسَ فِيهِ بِحَمْدِ اللَّهِ اخْتِلَافٌ ، إِلَّا أَنَّ بَعْضَ أَهْلِ الْبِدْعِ مِمَّنْ لَا تُعَدُّ مُخَالَفَتُهُ خِلَافًا ، وَهُمْ الرَّافِضَةُ وَالْخَوَارِجُ ، لَمْ يُحَرِّمُوا ذَلِكَ ، وَلَمْ يَقُولُوا بِالسُّنَّةِ الثَّابِتَةِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وَهِيَ مَارَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا تَجْمَعُوا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا » . متفقٌ عليه ^(١) . وفي رواية

بِإِزْوَاعٍ ، وَسِوَاءٍ كَانَتِ الْعَمَّةُ وَالْخَالَاتُ حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا ؛ كَعَمَّاتِ آبَائِهَا وَخَالَاتِهِمْ ، وَعَمَّاتِ أُمَّهَاتِهَا وَخَالَاتِنَهُنَّ ، وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، وَلَوْ رَضِيْنَا ، مِنْ نَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ . وَخَالَفَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي الرِّضَاعِ ، فَلَمْ يُحَرِّمِ الْجَمْعَ مَعَ الرِّضَاعِ . فعلى المذهب ، كُلُّ شَخْصَيْنِ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ الْآخَرَ ، لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا ، وَالْآخَرُ أُنْثَى ، لِأَجْلِ الْقَرَابَةِ ، لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا . قَالَه الْأَصْحَابُ . قَالَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : خَالَ أُبَيِّهَا ^(٢) بِمَنْزِلَةِ خَالَهَا . وَكَذَا

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٥/٧ . ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٨/٢ - ١٠٣٠ . كما أخرجه النسائى ، فى : باب الجمع بين المرأة وعمتها ، وباب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧٩/٦ ، ٨١ . وابن ماجه ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢١/١ . والدارمى ، فى : باب الحال التى يجوز للرجل أن يحطب فيها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٣٦/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجمع بينه من النساء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٣٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٦٢/٢ ، ٤٦٥ ، ٥١٦ ، ٥٢٩ ، ٥٣٢ .

(٢) فى النسخ : « أبنا » . والمثبت من الفروع ١٩٩/٥ .

أبى داود^(١) : « لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا ، وَلَا الْعَمَّةُ عَلَى بِنْتِ أَخِيهَا^(٢) ، وَلَا الْمَرْأَةُ عَلَى خَالَتِهَا ، وَلَا الْخَالَةُ عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا ، لَا تُنْكَحُ الْكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى ، وَلَا الصُّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى » . وَلِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي تَحْرِيمِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِيقَاعُ الْعِدَاوَةِ بَيْنَ الْأَقَارِبِ ، وَإِفْضَاؤُهُ إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ . فَإِنْ اخْتَجُّوا بِعُمُومِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ . خَصَّصْنَاهُ بِمَا رَوَيْنَاهُ . وَبَلَّغْنَا أَنَّ رَجُلَيْنِ مِنَ الْخَوَارِجِ أَتَيَا عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، فَكَانَ مِمَّا أَنْكَرَا عَلَيْهِ رَجْمُ الزَّانِيَيْنِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، وَبَيْنَهَا^(٣) وَبَيْنَ خَالَتِهَا ، وَقَالَا : لَيْسَ هَذَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى . فَقَالَ لَهَا : كَمْ فَرَضَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ مِنَ الصَّلَاةِ^(٤) ؟ قَالَا :

يُحْرَمُ عَلَيْهِ الْجَمْعُ بَيْنَ عَمَّةٍ وَخَالَةٍ ؛ بَأَنْ يَنْكِحَ امْرَأَةً وَيَنْكِحَ ابْنَهُ^(٥) ، فَيُولَدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنْتُ . وَيُحْرَمُ أَيْضًا الْجَمْعُ بَيْنَ خَالَتَيْنِ ؛ بَأَنْ يَنْكِحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ابْنَةً^(٦) الْآخَرَ ، فَيُولَدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنْتُ . وَيُحْرَمُ أَيْضًا الْجَمْعُ بَيْنَ عَمَّتَيْنِ ، بَأَنْ يَنْكِحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمَّ الْآخَرَ ، فَيُولَدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنْتُ . الثَّلَاثَةُ ، لَا يُكْرَهُ الْجَمْعُ بَيْنَ بِنْتَيْنِ عَمِّيَّةٍ أَوْ عَمَّتِيَّةٍ ، أَوْ ابْنَتَيْنِ خَالِيَّةٍ أَوْ خَالَتَيْنِ ، أَوْ بِنْتٍ عَمَّةٍ وَبِنْتٍ عَمَّتِيَّةٍ .

(١) في : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٦/١ . كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥٧ ، ٥٦/٥ .

(٢) في م : « أختها » .

(٣) في م : « بنتها » .

(٤) في الأصل : « الصلوات » .

(٥) في ط ، ا : « ابنة » .

(٦) في ا : « أم » .

خَمْسَ صَلَوَاتٍ فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ . وَسَأَلَهُمَا عَنْ عَدَدِ رَكَعَاتِهَا ، فَأَخْبَرَاهُ
بذلك . وَسَأَلَهُمَا عَنْ مِقْدَارِ الزَّكَاةِ وَنُصْبِهَا ، فَأَخْبَرَاهُ . فَقَالَ : وَأَيْنَ
تَجِدَانِ ذَلِكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ؟ قَالَا : لَا نَجِدُهُ فِي كِتَابِ اللَّهِ . قَالَ : فَمِنْ
أَيْنَ صِرْتُمَا (إِلَى ذَلِكَ) ؟ فَقَالَا : فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْمُسْلِمُونَ بَعْدَهُ .
قَالَ : فَكَذَلِكَ هَذَا . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحَالَةِ وَالْعَمَّةِ ، حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا ،
كَعَمَّاتِ آبَائِهَا وَخَالَاتِهِمْ ، وَعَمَّاتِ أُمَّهَاتِهَا وَخَالَاتِهِنَّ ، وَإِنْ عَلَتْ
دَرَجَتُهُنَّ ، مِنْ نَسَبٍ كَانَ ذَلِكَ أَوْ رِضَاعٍ ، فَكُلُّ شَخْصَيْنِ لَا يَجُوزُ
لأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ الْآخَرَ ، لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالْآخَرُ أُنْثَى لِأَجْلِ
الْقَرَابَةِ ، لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ؛ لِتَأْدِيَةِ ذَلِكَ إِلَى قَطْعِ الرَّحِمِ الْقَرِيبَةِ ،
لِمَا فِي الطَّبَاعِ مِنَ التَّنَافُسِ وَالْغَيْرَةِ مِنَ الصَّرَائِرِ . وَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ
وَأُمِّهَا فِي الْعَقْدِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلِأَنَّ الْأُمَّ إِلَى ابْنَتِهَا أَقْرَبُ مِنَ الْأُخْتَيْنِ ،
فَإِذَا لَمْ يُجْمَعْ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ، فَالْمَرْأَةُ وَبِنْتُهَا أَوْلَى .

عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ،
وغيرهما . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » وَغَيْرِهِ . كَمَا لَا يُكْرَهُ جَمْعُهُ بَيْنَ مَنْ كَانَتْ زَوْجَةُ
رَجُلٍ وَبِنْتُهُ مِنْ غَيْرِهَا . وَعَنْهُ ، يُكْرَهُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » ، فَيَكُونُ هَذَا
الْمَذْهَبُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،
وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَحَرَّمَهُ فِي « الرُّوَضَةِ » ؛ قَالَ : لِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَكِنْ يُكْرَهُ
قِيَاسًا . يَعْنِي ، عَلَى الْأُخْتَيْنِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » . « الرَّابِعَةُ ، لَوْ تَزَوَّجَ أُخْتُ زَيْدٍ
مِنْ أَبِيهِ ، وَأُخْتُهُ مِنْ أُمِّهِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، صَحَّ . ذَكَرَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » وَغَيْرِهِ .

فَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدٍ ، لَمْ يَصِحَّ ،
 فصل : ولا يَحْرُمُ الجمعُ بين ابْنَتَيْ العَمِّ ، وابْنَتَيْ الخَالِ ، في قولِ عَامَّةِ

الشرح الكبير

أهل العلم ؛ لَعَدَمِ النَّصِّ فِيهِمَا بِالتَّحْرِيمِ ، ودُخُولِهِمَا فِي عُمُومِ قَوْلِهِ
 تَعَالَى : ﴿ وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ . ولأنَّ إحدَاهُمَا تَحِلُّ لَهَا الأُخْرَى
 لو كانت ذَكَرًا [١١٥/٦] وفي كَرَاهَةِ ذَلِكَ رِوَايَتَانِ ؛ إحدَاهُمَا ، يُكْرَهُ .
 زُورِي ذلك عن ابنِ مسعودٍ . وبه قال جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وعطاءٌ ، والحسنُ ،
 وسعيدُ بْنُ عَبْدِ العَزِيزِ . وروى أَبُو حفصٍ بِإِسْنَادِهِ عن عيسى بْنِ طَلْحَةَ
 قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ تُزَوَّجَ الْمَرْأَةُ عَلَى ذِي قَرَابَتَيْهَا ، مَخَافَةَ
 الْقَطِيعَةِ ^(١) . ولأنَّهُ مُفَضَّلٌ إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ الْمَأْمُورِ بِصِلَتِهَا ، فَأَقْلُ
 أَحْوَالِهِ الْكَرَاهَةُ . والأُخْرَى ، لَا يُكْرَهُ . وهو قولُ سَلِيمَانَ بْنِ يَسَافٍ ،
 والشَّعْبِيِّ ، وحسنِ بْنِ حَسَنٍ ^(٢) ، والأَوْزَاعِيِّ ، والشَّافِعِيِّ ،
 وإِسْحَاقَ ، وأبِي عُبَيْدٍ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَتْ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ تُحْرِمُ الْجَمْعَ ، فَلَا يَقْتَضِي
 كَرَاهَةَ ، كَسَائِرِ الْأَقَارِبِ .

٣١٤٢ - مسألة : (فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي عَقْدٍ) واحدٍ (لَمْ يَصِحَّ)

الإنصاف

الخامسة ، لو كان لكلِّ رَجُلٍ بِنْتُ ، وَوَطْنًا أُمَّةً ، فَأَلْحَقَ وَلَدُهَا بِهِمَا ، فَتَزَوَّجَ رَجُلٌ
 بِالْأُمَّةِ وَبِالْبَنَتَيْنِ ، فَقَدْ تَزَوَّجَ أُمَّ رَجُلٍ وَأُخْتَيْهِ . ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، واقتصرَ عليه
 في « الفروع » . قلتُ : فيُعَالَى بها ، وقد نَظَّمَهَا بَعْضُهُمْ لُغْزًا .

قوله : وَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدٍ ، لَمْ يَصِحَّ . وكذا لو تَزَوَّجَ خَمْسًا فِي عَقْدٍ واحدٍ .

(١) وأخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٦٣/٦ . وأبو داود ، في : المراسيل ١٤٢ . وانظر تلخيص الحبير ١٦٨/٣ .

(٢) هو الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب أبو محمد ، الإمام الهاشمي ، العلوي ، المدني ، قليل الرواية والفتيا =

وإن تزوجهما في عقدين ، أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى ،
سواء [٢٠٦] كانت بائناً أو رجعيةً ، فنكاح الثانية باطل .

(١) إذا جمع^(١) بين الأختين في عقد واحد^(٢) ، أو جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في عقد ، فعقد^(٣) عليهما معاً ، لم يصح العقد في واحدة منهما ؛ لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ، ولا مزية لأحدهما على الآخر^(٤) ، فيبطل فيهما ، كما لو زوجت المرأة لرجلين^(٥) ، وكذا لو تزوج حمساً في عقد واحد ، بطل في الجميع لذلك .

٣١٤٣ - مسألة : (وإن تزوجهما في عقدين ، أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى ، سواء كانت بائناً أو رجعيةً ، فنكاح الثانية باطل) أما

وهذا المذهب فيهما ، وعليه الأصحاب ، ونص عليه ، في رواية صالح ، وأبي الحارث . ونقل ابن منصور ، إذا تزوج أختين في عقد ، يختار إحداهما ، وتأوله القاضي على أنه يختارها بعقد مستأنف . وقال في آخر « القواعد » : وهو بعيد . وخرج قولاً بالافتراء .

قوله : وإن تزوجهما في عقدين ، [٢٢/٣ ظ] ، أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى ، سواء كانت بائناً أو رجعيةً ، فنكاح الثانية باطل . يعنى ، إذا كان يحرم

= مع صدقه وجلالته ، توفي سنة تسع وتسعين وقيل : في سنة سبع وتسعين . سير أعلام النبلاء ٤/٤٨٣ - ٤٨٧ .
(١ - ١) في الأصل : « يجرم الجمع » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « الأخرى » .

(٥) في الأصل : « الرجلين » .

إِذَا تَزَوَّجَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ وَعَلِمَ الْأُولَى مِنْهُمَا^(١) ، فَنِكَاحُهَا^(٢) صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا جَمْعَ فِيهِ ، وَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ يَحْصُلُ بِهِ ، وَبِالْعَقْدِ عَلَى الْأُولَى تَحْرُمُ الثَّانِيَةُ ، فَلَا يَصِحُّ عَقْدُهُ عَلَيْهَا حَتَّى تَبَيَّنَ الْأُولَى وَتَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أُولَاهُمَا ، فَعَلِيهِ فُرْقَتُهُمَا مَعًا . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ ، لَا يَدْرِي أَيُّهُمَا تَزَوَّجَ أَوَّلًا : يُفَرَّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، وَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، وَلَا يَعْرِفُ الْمُحَلَّلَةَ لَهُ ، فَقَدِ اشْتَبَهَا عَلَيْهِ ، وَنِكَاحُ إِحْدَاهُمَا صَحِيحٌ ، وَلَا تُتَيَقَّنُ بَيُّوْنَتُهَا مِنْهُ إِلَّا بِطَلَاقِهَا جَمِيعًا أَوْ فُسْخِ نِكَاحِهَا ، فَوَجَبَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ وَلَمْ يَعْرِفِ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا . وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يُفَارِقَ إِحْدَاهُمَا ، ثُمَّ يُجَدِّدَ عَقْدَ الْأُخْرَى وَيُمَسِّكَهَا ، فَلَا بَأْسَ ، وَسَوَاءُ فَعَلَ ذَلِكَ بِقُرْعَةٍ أَوْ بغيرِهَا ، وَلَا يَخْلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛

الإِنصاف الجَمْعُ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ . لَكِنْ لَوْ جُهِلَتِ الْأُولَى ، فُسِخَا عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ » ، وَقَالَا : بِطَلَا . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : الصَّحِيحُ بَطْلَانُ النِّكَاحَيْنِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ؛ فَمَنْ خَرَجَتْ لَهَا الْقُرْعَةُ ، فَهِيَ الْأُولَى . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، مِنْ عِنْدِهِ : قُلْتُ : فَمَنْ قَرَعَتْ ، جَدَّدَ عَقْدَهَا بِإِذْنِهَا . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، يَلْزَمُ أَحَدَهُمَا نِصْفُ الْمَهْرِ ، يَقْتَرِعَانِ عَلَيْهِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « فنكاحه » .

أحدها ، أن لا يكون دَخَلَ بواحدةٍ منهما ، فله أن يَعْقِدَ على إحداهما في الحال بعد فراق الأخرى . الثاني ، إذا دَخَلَ بإحداهما ، فإن أرادَ نِكَاحَهَا فارقَ التي لم يُصِبْهَا بِطَلْقَةٍ ، ثم تَرَكَ الْمُصَابَةَ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا ، ثم نَكَحَهَا ؛ لَأَنَّا لَا نَأْمَنُ أَنْ تَكُونَ هِيَ الثَّانِيَةَ ، فَيَكُونُ قَدْ أَصَابَهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، فلهذا اعتَبَرْنَا انْقِضَاءَ عِدَّتِهَا . وَيَحْتَمِلُ جَوَازُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ لَاحِقٌ بِهِ ، فَلَا يُصَانُ ذَلِكَ عَنْ مَائِهِ . فَإِنْ أَحَبَّ نِكَاحَ الْأُخْرَى ، فارقَ الْمُصَابَةَ بِطَلْقَةٍ ، ثم انتظرَها حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا ، ثم تزوجَ أُخْتَهَا .

القسمُ الثالثُ ، إذا دَخَلَ بهما ، فليس له نِكَاحٌ واحدةٍ منهما حَتَّى يُفَارِقَ الْأُخْرَى ، وَتَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا مِنْ حِينِ [١١٥/٦] فُرْقَتِهَا ، وَتَنْقُضِيَ عِدَّةُ الْأُخْرَى مِنْ حِينِ أَصَابَهَا . وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ ^(١) إحداهما ، أو هما جميعاً ، فَالنَّسَبُ ^(٢) لَاحِقٌ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، وَكِلَاهُمَا يَلْحَقُ النَّسَبُ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يُرِدْ نِكَاحَ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، فَارَقَهُمَا بِطَلْقَةٍ طَلْقَةٍ .

فصل : فَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بواحدةٍ منهما ، فَلَا إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَلَا نَعْلَمُ مَنْ يَسْتَحِقُّهُ مِنْهُمَا ، فَيُصْطَلِحَانِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلَا ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَكَانَ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا مَعَ يَمِينِهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ :

« الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الْفُرُوع » وَغَيْرِهِمْ . وَذَكَرَ ابْنُ عَقِيلٍ رِوَايَةً ، لَا يَلْزَمُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُكْرَهٌ . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، فَقَالَ : اخْتِيَارِي أَنْ يَسْقُطَ الْمَهْرُ ، إِذَا

(١) سقط من : م .

(٢) (٢-٢) في م : لاخوته .

المقنع وَإِنْ اشْتَرَى أُخْتَ امْرَأَتِهِ ، أَوْ عَمَّتَهَا ، أَوْ خَالَتَهَا ، صَحَّ ، وَلَمْ يَحِلَّ

الشرح الكبير

اخْتِيَارِي أَنْ يَسْقُطَ الْمَهْرُ إِذَا كَانَ مُجْبِرًا عَلَى الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَإِنْ دَخَلَ بَوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتْ لغيرِ الْمُصَابَةِ ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَلِلْمُصَابَةِ مَهْرُ الْمِثْلِ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْمُصَابَةِ ، فَلَا شَيْءَ لِلْأُخْرَى ، وَلِلْمُصَابَةِ الْمُسَمَّى جَمِيعُهُ . وَإِنْ أَصَابَهُمَا مَعًا ^(١) ، فَلَا خِذَاهُمَا الْمُسَمَّى ، وَلِلْأُخْرَى مَهْرُ الْمِثْلِ ، يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا فِيهِ إِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ مَهْرُ الْمِثْلِ . وَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْمُسَمَّى فِيهِ ، وَجَبَ هُنَا لِكُلِّ وَاحِدَةٍ ^(٢) مِنْهُمَا .

فصل : قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا ، وَدَخَلَ بِهَا ^(٣) ، اعْتَزَلَ زَوْجَتَهُ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّةُ الثَّانِيَةِ . إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَرَادَ الْعَقْدَ عَلَى أُخْتِهَا فِي الْحَالِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّةُ الْمَوْطُوءَةِ ، فَكَذَلِكَ ^(٤) لَا يَجُوزُ لَهُ وَطْءُ امْرَأَتِهِ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّةُ أُخْتِهَا الَّتِي أَصَابَهَا .

٣١٤٤ - مَسْأَلَةٌ : (وَإِنْ اشْتَرَى أُخْتَ امْرَأَتِهِ ، أَوْ عَمَّتَهَا ، أَوْ خَالَتَهَا ، صَحَّ) لِأَنَّ الشِّرَاءَ يُرَادُ لِلْإِسْتِمْتَاعِ وَلِغَيْرِهِ ، وَلِذَلِكَ ^(٥) صَحَّ

الإصناف

كَانَ مُجْبِرًا عَلَى الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ . قُلْتُ : فَعَلِيَ الْأَوَّلِ ، يُعَانِي بِهَا ، إِذَا أُجْبِرَ عَلَى الطَّلَاقِ .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « واحد » .

(٣) بعده في الأصل : « في الحال » .

(٤) في م : « فلذلك » .

(٥) في م : « كذلك » .

لَهُ وَطُوهَا حَتَّى يُطَلَّقَ امْرَأَتُهُ وَتَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، وَإِنْ اشْتَرَاهُنَّ فِي الْمَقْنَعِ عَقْدٍ وَاحِدٍ ، صَحَّ ،

شرح الكبير شراء من لا تحل له ، كالمجوسية وأختيه من الرضاع (ولا يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقض عدها) لئلا يكون جامعاً بينهما في الفراش ، أو جامعاً مائه في رحم أختين ، وذلك لا يحل ؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعُ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ » (١) .

٣١٤٥ - مسألة : (وإن اشترأهن في عقد واحد ، صح) لما ذكرنا ، ولا نعلم خلافاً في ذلك . ولو اشترى جارية ووطئها ، حل له شراء أختها وعمتها وخالتها ، وقد ذكرناه . كما يحل (٢) له شراء المعتدة والمزوجة ، مع أنها لا تحل له .

٣١٤٦ - مسألة : وله وطء إحداهما ؛ لأن الأخرى لم تصرف راشا . وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال الحكم ، وحماد : لا يقرب واحدة منهما . وروى ذلك عن النخعي . وذكره أبو الخطاب مذهبا لأحمد . ولنا ،

قوله : وإن اشترأهن في عقد واحد ، صح . يعني ، لو اشترى أختين ، أو امرأة الإنصاف وعمتها أو خالتها في عقد واحد ، صح .

(١) ذكر الحافظ أن ابن الجوزي ذكره بلفظ : « ملعون من جمع ماء في رحم أختين » . قال الحافظ : لا أصل له باللفظين ، وقد ذكر ابن الجوزي اللفظ الثاني ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث . وقال ابن عبد الهادي : لم أجد له سنداً بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة . تلخيص الحبير ١٦٦/٣ ، ١٦٧ .
(٢) في م : « لا يحل » .

أنه لم يَجْمَع بينهما في الفراش ، فلم يَحْرُم^(١) ، كما لو كان في مِلْكِهِ
إِحْدَاهُمَا وَحْدَهَا .

فصل : وليس له الجَمْع بين الأُخْتَيْنِ مِنْ إِمَائِهِ فِي الْوَطْءِ . نَصَّ عَلَيْهِ
أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَكَرِهَهُ عَمْرُ ، وَعَثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، وَعِمَارٌ ، وَابْنُ
عَمْرٍ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ . وَمِمَّنْ قَالَ بِتَحْرِيمِهِ : «عَبْدُ اللَّهِ [١١٦/٦] بَنُ
عُتْبَةَ^(٢) ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَطَاوُسٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ،
وَالشَّافِعِيُّ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ قَالَ : أَحَلَّتْهُمَا آيَةٌ ، وَحَرَّمَتْهُمَا آيَةٌ ،
وَلَمْ أَكُنْ لِأَفْعَلِهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ أَيْضًا^(٣) . يُرِيدُ بِالْمُحَرَّمَةِ قَوْلَهُ
تَعَالَى : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ . وَبِالْمُحَلَّلَةِ قَوْلَهُ تَعَالَى : ﴿إِلَّا
عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(٤) . وَرَوَى ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ ،
وَسَأَلَهُ عَنِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ الْمَمْلُوكَتَيْنِ ، أَحْرَامٌ هُوَ ؟ قَالَ : لَا
«أَقُولُ حَرَامٌ ، وَلَكِنْ يُنْهَى عَنْهُ . وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ مَكْرُوهٌ غَيْرُ مُحَرَّمٍ .
وَقَالَ دَاوُدُ ، وَأَهْلُ الظَّاهِرِ : لَا^(٥) يَحْرُمُ . اسْتِدْلَالًا بِالْآيَةِ الْمُحَلِّلَةِ ؛ لِأَنَّ
حُكْمَ الْحَرَائِرِ فِي الْوَطْءِ مُخَالِفٌ لِحُكْمِ الْإِمَاءِ ، وَلِهَذَا تَحْرُمُ الزِّيَادَةُ عَلَى
أَرْبَعٍ فِي الْحَرَائِرِ ، وَتُبَاحُ فِي الْإِمَاءِ بِغَيْرِ حَضَرٍ . وَالْمَذْهَبُ تَحْرِيمُهُ ؛ لِلْآيَةِ
الْمُحَرَّمَةِ ، فَإِنَّهُ يُرِيدُ بِهَا الْوَطْءَ وَالْعَقْدَ جَمِيعًا ، بِدَلِيلِ أَنَّ سَائِرَ الْمَذْكُورَاتِ

(١) فِي م : « يَجْز » .

(٢-٢) فِي : الْمَغْنَى ٥٣٨/٩ : « عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ » .

(٣) أَخْرَجَهُ عَنْهُمَا الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٦٤/٧ .

(٤) سُورَةُ الْمُؤْمِنُونَ ٦ ، سُورَةُ الْمَعَارِجِ ٣٠ .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فَإِنْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ .
الْأُولَى بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ تَزْوِيجٍ ، وَيَعْلَمُ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِحَامِلٍ .

الشرح الكبير

فِي الْآيَةِ يَحْرُمُ وَطْؤُهُنَّ وَالْعَقْدُ عَلَيْهِنَّ ، وَآيَةُ الْحِلِّ مَخْصُوصَةٌ بِالْمُحَرَّمَاتِ
جَمِيعِهِنَّ ، وَهَذِهِ مِنْهُنَّ ، وَلِأَنَّهَا امْرَأَةٌ صَارَتْ فِرَاشًا ، فَحُرِّمَتْ أُخْتُهَا ،
كَالزَّوْجَةِ .

٣١٤٧ - مسألة : (فَإِنْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا ، فَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ الْأُخْرَى حَتَّى
يُحَرَّمَ الْمَوْطُوءَةُ عَلَى نَفْسِهِ بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ تَزْوِيجٍ) هَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ ،
وَابْنِ عَمَرَ ، وَالْحَسَنِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَالشَّافِعِيَّ . فَإِنْ
رَهْنَهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُخْتُهَا ؛ لِأَنَّ مَنَعَهُ مِنْ وَطْئِهَا الْحَقُّ الْمُرْتَهَنُ لَا لِتَحْرِيمِهَا ،
وَلِهَذَا يَحِلُّ لَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى فَكِّهَا مَتَى شَاءَ
وَاسْتَرْجَاعِهَا إِلَيْهِ . وَقَالَ قَتَادَةُ : إِنْ اسْتَبْرَأَهَا ، حَلَّتْ لَهُ أُخْتُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ
زَالَ فِرَاشُهُ ، وَلِهَذَا لَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَتَفَاهَ بِدَعْوَى الْاسْتِبْرَاءِ انْتَفَى ، فَأُشْبِهَ
مَا لَوْ زَوَّجَهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَمَرَ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهَا ،
وَلَا حِلُّهَا لَهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ وَطِئَتْ بِشُبْهَةِ فَاسْتَبْرَأَهَا مِنْ ذَلِكَ الْوَطْءِ ، وَلِأَنَّ

وَقَوْلُهُ : فَإِنْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ الْأُولَى .
هُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، لَيْسَ بِحَرَامٍ وَلَكِنْ يَنْتَهَى عَنْهُ . أَثْبَتَهَا
الْقَاضِي ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَابْنُ حَمْدَانَ ، وَصَاحِبُ
« الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَمَنْعَ الشَّيْخِ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنْ يَكُونَ فِي
السَّأَلَةِ رِوَايَةٌ بِالْكَرَاهَةِ ، وَقَالَ : مَنْ قَالَ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِنَّهُ قَالَ : لَا
يَحْرُمُ بَلْ يُكْرَهُ . فَقَدْ غَلَطَ عَلَيْهِ ، وَمَا أَخَذَهُ الْعَقْلُ عَنْ دَلَالَةِ الْأَلْفَاظِ وَمَرَاتِبِ

الشرح الكبير ذلك لا يَمْنَعُهُ وَطَأُهَا ، فلا يَأْمَنُ^(١) عَوْدَهُ إِلَيْهَا ، فيكون ذلك^(٢) ذَرِيعَةً إلى الجَمْعِ بينهما . وإن حَرَّمَ إِحْدَاهُمَا^(٣) على نَفْسِهِ ، لم تُبَحِّ الأُخْرَى ؛ لأنَّ هذا لا يُحَرِّمُهَا ، إِنَّمَا هو يَمِينٌ يُكْفَرُ ، ولو كان يُحَرِّمُهَا إِلَّا أَنَّهُ لِعَارِضٍ ، متى شاء أزاله بالكُفَّارَةِ ، فهو كالْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ وَالْإِحْرَامِ وَالصَّيَامِ . فإن كَاتَبَ إِحْدَاهُمَا^(٤) ، فظَاهِرُ كَلَامِهِ الْخَرَقِيُّ أَنَّهُ لَا تَحِلُّ لَهُ الأُخْرَى ، وهو مُقْتَضَى كَلَامِ شَيْخِنَا فِي الْكِتَابِ الْمَشْرُوحِ . وقال أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : تَحِلُّ لَهُ الأُخْرَى ؛ لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِسَبَبٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى رَفْعِهِ ، فَأَشْبَهَ التَّزْوِيجَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ^(٥) بِسَبِيلٍ مِنْ اسْتِبَاحَتِهَا ، بما لَا يَقِفُ عَلَى غَيْرِهَا^(٥) .

الإِنصاف الكلام ، وأحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، إِنَّمَا قال : لا أَقُولُ إِنَّهُ حَرَامٌ وَلَكِنْ يَنْتَهَى عَنْهُ . وكان يَهَابُ قَوْلَ الْحَرَامِ إِلَّا فِيمَا فِيهِ نَصٌّ . وقد بَيَّنَّ ذلك الْقَاضِي فِي « الْعُدَّةِ » .

فائدة : قال فِي « الْقَاعِدَةِ السَّادِسَةِ وَالثَّلَاثِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » : الْجَمْعُ بَيْنَ الْمَمْلُوكَتَيْنِ فِي الْاسْتِمْتَاعِ بِمُقَدِّمَاتِ الْوَطْءِ ، قال ابنُ عَقِيلٍ : يُكْرَهُ وَلَا يُحَرِّمُ .^(٦) وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُحَرِّمَ^(٦) ، أَمَّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْمُبَاشَرَةَ لَشَهْوَةٍ كَالْوَطْءِ فِي تَحْرِيمِ الْأَخْتَيْنِ ، حَتَّى تَحْرُمَ الْأُولَى . فلا إِشْكَالَ . انتهى .

(١) فِي م : « بَأْسٍ مِنْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤ - ٤) فِي م : « نَشَأَ مِنْ إِبَاحَتِهَا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « غَيْرِهَا » .

وبعده فِي : الْمُغْنَى ٥٣٩/٩ : « فَلَمْ يُبَحِّ لَهُ أُخْتُهَا ، كَالْمَرْهُونَةِ » .

(٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : وإذا أخرجها من ملكه ، لم تحلّ له أختها حتى يستبرئ
 المخرجة ويعلم براءتها من الحمل^(١) . فإن كانت حاملاً منه ، لم تحلّ
 له أختها حتى تضع حملها ؛ لأنه يكون جامعاً مائة^(٢) في رجم أختين ،
 فهو بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها .

تنبيه : في قوله : فإن وطئ إحداهما ، لم تحلّ له الأخرى . إشعارٌ بجواز وطئ
 إحداهما ابتداءً قبل تحريم الأخرى . وهو صحيح ، وهو المذهب ، وعليه جماهير
 الأصحاب ؛ منهم القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والمجد ،
 وغيرهم ، وهو ظاهر كلام الخرقى . قال في « البلغة » ، و « المحرر » ،
 و « الفروع » : والأصح جوازه . قال في « القاعدة التاسعة بعد المائة » : هذا
 المشهور ، وهو أصح . ومنع أبو الخطّاب في « الهداية » من وطئ واحدة منهما
 قبل تحريم الأخرى . وقطع به في « المذهب » ، و « الخلاصة » . وقدمه في
 « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . قال في « القواعد » : ونقل ابن هانئ ،
 عن الإمام أحمد ، رحمه الله ، ما يدل عليه ، وهو راجع إلى تحريم أحدهما
 مبهماً . وقيل : يكره ذلك .

فائدة : حكم المباشرة من الإمام فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج
 لشهوة ، فيما يرجع إلى تحريم أختها ، كحكمه في تحريم الربيبة ، على ما
 تقدّم . قدمه في « المعنى » ، و « الشرح » . وقال : والصحيح أنها لا تحرم
 بذلك ؛ لأنّ الحِلَّ ثابت ، فلا يُحرّم إلا الوطء فقط .

تنبيهان : الأوّل ، قوله : فإن وطئ إحداهما ، لم تحلّ له الأخرى . فلو خالف

(١) في الأصل : « الحِل » .

(٢) سقط من : م .

وَوُطِئَ الْأُخْرَى ، لَزِمَهُ أَنْ يُمْسِكَ عَنْهَا حَتَّى يُحَرِّمَ إِحْدَاهُمَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . قَالَ فِي « الْقَوَاعِدِ الْفِقْهِيَّةِ » : هَذَا الْأَظْهَرُ . فَيَكُونُ الْمَمْنُوعُ مِنْهُمَا وَاحِدَةً مُبْهَمَةً . وَأَبَاحَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » وَطَاءَ الْأَوَّلَى بَعْدَ اسْتِبْرَاءِ الثَّانِيَةِ ، وَالثَّانِيَةُ هِيَ الْمُحَرَّمَةُ عَلَيْهِ .

الثَّانِي ، قَوْلُهُ : لَمْ تَحِلَّ لَهُ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ عَلَى نَفْسِهِ الْأَوَّلَى . بِإِخْرَاجِهِ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ تَزْوِيجِهِ ، وَيَعْلَمُ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِحَامِلٍ . وَهَذَا بِلَا نِزَاعٍ فِي الْجُمْلَةِ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : لَا يَكْفِي فِي إِبَاحَةِ الثَّانِيَةِ مُجَرَّدُ إِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهَا ، بَلْ لَا بُدَّ أَنْ تَحِيضَ^(١) حَيْضَةً وَتَنْقُضِي ، فَتَكُونَ الْحَيْضَةُ ، كَالْعِدَّةِ . وَتَبِعَهُ عَلَى ذَلِكَ صَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرُهُمَا . وَجَزَمَ بِهِ الزَّرْكَشِيُّ وَغَيْرُهُ . [٢٣/٣] وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَيْسَ هَذَا الْقَيْدُ فِي كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَعَامَّةِ الْأَصْحَابِ . انْتَهَى . وَلَا يَكْفِي اسْتِبْرَاؤُهَا بِدُونِ زَوَالِ الْمِلْكِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : يَتَّبِعِي أَنْ يُكْتَفَى بِذَلِكَ ؛ إِذْ بِهِ يَزُولُ الْفِرَاشُ الْمُحَرَّمُ لِلْجَمْعِ ، ثُمَّ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِتَحْرِيمِهَا بِكِتَابَةٍ ، أَوْ رَهْنٍ ، أَوْ بَيْعٍ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، وَجِهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْقَوَاعِدِ الْأُصُولِيَّةِ » ، وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْحَاوِي » ، فِي الْكِتَابَةِ . قَطَعَ فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، أَنَّ الْأُخْتَ لَا تُبَاحُ إِذَا رَهْنًا أَوْ كَاتِبَتَهَا ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرْقِيِّ ، وَالْمُصَنِّفِ هُنَا . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْأَشْهَرُ فِي الرَّهْنِ . وَقَالَ : ظَاهِرُ إِطْلَاقِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَكَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، الْاِكْتِفَاءُ

(١) فِي الْأَصْلِ ، ط : « تَمْضِي » .

فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يُصَبَّ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرَّمَ

المقنع

الشرح الكبير

٣١٤٨ - مسألة : (فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يُطَأْ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا حَتَّى

بَزَوَالِ الْمِلْكِ ، وَلَوْ أَمَكَّنَهُ الْأَسْتِرْجَاعُ ، كَهَيْئَتِهَا لَوْلَدَهُ ، أَوْ بَيْعِهَا بِشَرْطِ الْخِيَارِ .
وَجَزَمَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » ، أَنَّهُ إِذَا رَهْنَهَا ، أَوْ كَاتَبَهَا ، أَوْ دَبَّرَهَا ، لَا تُبَاحُ
أُخْتُهَا . وَقَدَّمَ فِي « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، أَنَّهُ يَكْفِي كِتَابَتُهَا . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَهُوَ
ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي الْجَمِيعِ ؛ حَيْثُ قَالَا : فَإِنْ وَطِئَ
إِحْدَاهُمَا ، لَمْ تَحِلَّ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرَّمَ الْمُطَوُّوعَةُ بِمَا لَا يُمْكِنُ أَنْ يَرْفَعَهُ وَحْدَهُ .
وَجَزَمَ بِهِ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » . وَلَوْ أْزَالَ مِلْكَهُ عَنْ بَعْضِهَا ، فَقَالَ الشَّيْخُ
تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : كَفَاهُ ذَلِكَ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا .

الثَّالِثُ ، شَمِلَ قَوْلُهُ : بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْكِهِ . الْإِخْرَاجُ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ . وَقَدْ صَرَّحَ
بِهِ الْأَصْحَابُ . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ : هَذَا مِنْهُمْ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ التَّفْرِيقِ ، عَلَى
مَا مَرَّ فِي كِتَابِ الْجِهَادِ ^(١) ، لَكِنْ يَعْكَرُ عَلَى ذَلِكَ مَا قَبَلَ الْبُلُوغُ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ فِيهِ
نِزَاعٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَالَ : يَجُوزُ الْبَيْعُ هُنَا لِلْحَاجَةِ ، وَإِنْ مَنَعْنَاهُ فِي غَيْرِهِ . قَالَ
الْعَلَّامَةُ ابْنُ رَجَبٍ : أَطْلَقَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالْأَصْحَابُ ، تَحْرِيمَ الثَّانِيَةِ
حَتَّى يُخْرَجَ الْأُولَى عَنْ مِلْكِهِ بِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ . فَإِنْ بُنِيَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ
الْأَصْحَابُ فِي التَّفْرِيقِ ، لَزِمَ أَنْ لَا يَجُوزَ التَّفْرِيقُ بغيرِ الْعِتْقِ ، فِيمَا دُونَ الْبُلُوغِ ،
وَبَعْدَهُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَلَمْ يَتَعَرَّضُوا هُنَا لشيءٍ مِنْ ذَلِكَ ، وَلَعَلَّهُ مُسْتَشْنَى مِنَ التَّفْرِيقِ
الْمُحَرَّمِ لِلْحَاجَةِ ، وَإِلَّا لَزِمَ تَحْرِيمُ هَذِهِ الْأُمَّةِ بِلَا مُوجِبٍ . انْتَهَى . وَسَبَقَهُ إِلَى ذَلِكَ
الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى . قُلْتُ : فَيُعَانِي بِهَا .

قوله : فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يُصَبَّ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرَّمَ الْأُخْرَى . سِوَاءِ

(١) انظر ١٠٢/١٠ .

المقنع الأُخْرَى . وَعَنْهُ ، لَيْسَ بِحَرَامٍ ، وَلَكِنْ يُنْهَى عَنْهُ .

الشرح الكبير

يُحَرِّمُ الأُخْرَى (متى زال مِلْكُهُ عن المَوْطُوعَةِ زَوَالًا أَحَلَّ لَهُ أُخْتَهَا ، فَوَطَّئَهَا ، ثُمَّ عَادَتْ [١١٦/٦ ط] الأُولَى إِلَى مِلْكِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ وَطْءُ إِحْدَاهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ الأُخْرَى بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ تَزْوِيجٍ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ^(١) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الأُولَى لَمْ تَبْقَ فِرَاشًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَطِئَ أُمَةً ثُمَّ اشْتَرَى أُخْتَهَا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذِهِ صَارَتْ فِرَاشًا ، وَقَدْ رَجَعَتْ إِلَيْهِ الَّتِي كَانَتْ فِرَاشًا ، فَحَرُمَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِكَوْنِ أُخْتِهَا فِرَاشًا ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَتْ بِهِ . فَأَمَّا إِذَا وَطِئَ أُمَةً ثُمَّ اشْتَرَى أُخْتَهَا ، فَإِنَّ المُشْتَرَاةَ لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا لَهُ ، لَكِنْ هِيَ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ بِاسْتِفْرَاشِ أُخْتِهَا . وَلَوْ أَخْرَجَ المَوْطُوعَةَ عَنْ مِلْكِهِ ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ قَبْلَ وَطْءِ أُخْتِهَا ، فَهِيَ حَلَالٌ لَهُ ^(٢) ، وَأُخْتُهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ أُخْتَهَا فِرَاشُهُ . (و) قَدْ رُوِيَ (عَنْ أَحْمَدَ) أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ فِي الوَطْءِ بِمِلْكِ الِیْمَنِ ، (لَا یَحْرُمُ ، بَلْ یُنْهَى عَنْهُ) فیکونُ مَکْرُوهًا ، وَقَدْ ذَکَرْنَاهُ . وَالمَذْهَبُ أَنَّ ذَکَ حَرَامٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الإيضاح

كَانَ وَطِئُ الثَّانِيَةِ أَوْ لَا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : هَذَا ظَاهِرُ نُصُوبِهِ ، وَاخْتَارَهُ الْخَرَقِيُّ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الْأَرْبَعِينَ » : هَذَا الْأَشْهُرُ ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « مُنْتَخَبِ الْأَرْجِي » ، وَ « نَظْمِ الْمُفْرَدَاتِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

فصل : فَإِنْ وَطِئَ أُمَّتِيهِ الْأُخْتَيْنِ ^(١) مَعًا ، فَوَطِئَ الثَّانِيَةَ مُحَرَّمٌ ، وَلَا حَدَّ فِيهِ ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَلِأَنَّ ^(٢) فِي جِلِّهَا اخْتِلَافًا ، وَلَهُ سَبِيلٌ إِلَى اسْتِبَاحَتِهَا ، بِخِلَافِ أُخْتِهِ مِنَ الرِّضَاعِ الْمَمْلُوكَةِ لَهُ . وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ^(٣) حَتَّى يُحَرَّمَ الْأُخْرَى وَيَسْتَبْرَأَ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : الْأُولَى بَاقِيَّةٌ عَلَى الْجِلِّ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ الْحَرَامَ لَا يُحَرِّمُ الْحَلَالَ . إِلَّا أَنَّ الْقَاضِي قَالَ : لَا يَطْوُهَا حَتَّى يَسْتَبْرَأَ الثَّانِيَةَ . وَلَنَا ، أَنَّ الثَّانِيَةَ قَدْ صَارَتْ فِرَاشًا لَهُ ، يَلْحَقُهُ نَسَبٌ وَلَدُهَا ، فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُخْتُهَا ، كَمَا لَوْ وَطِئَهَا ابْتِدَاءً . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْحَرَامَ لَا يُحَرِّمُ الْحَلَالَ . لَيْسَ بِخَبَرٍ صَحِيحٍ ، وَهُوَ مَتْرُوكٌ بِمَا لَوْ وَطِئَ الْأُولَى فِي حَيْضٍ أَوْ نِفَاسٍ أَوْ إِحْرَامٍ ، فَإِنَّ أُخْتُهَا تَحَرَّمُ عَلَيْهِ ، وَتَحَرَّمُ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَطِئَ بَشْبَهَةً فِي هَذِهِ الْحَالِ . وَلَوْ وَطِئَ امْرَأَتَهُ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ابْنَتُهَا ، سَوَاءً وَطِئَهَا حَرَامًا أَوْ حَلَالًا .

و « الْفُرُوعِ » . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : إِذَا عَادَتْ بَعْدَ وَطْءِ الْأُخْرَى ، فَالْمَنْصُوصُ فِي الْإِنْصَافِ رِوَايَةُ جَمَاعَةٍ ، وَعَلَيْهِ عَامَّةُ الْأَصْحَابِ ، اجْتِنَابُهُمَا حَتَّى يُحَرَّمَ إِحْدَاهُمَا ، وَإِنْ عَادَتْ قَبْلَ وَطْءِ الْأُخْرَى ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَالْخِرَقِيُّ ، وَكَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ . وَاخْتَارَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالنَّاظِمُ ، أَنَّهَا إِنْ عَادَتْ قَبْلَ وَطْءِ أُخْتِهَا ، فَهِيَ الْمُبَاحَةُ دُونَ أُخْتِهَا . وَاخْتَارَ الْمَجْدُ فِي

(١) فِي م : « الْأُثْنَيْنِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لَكِنْ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ م .

وَإِنْ وَطِئَ أُمَّتُهُ ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا ، لَمْ يَصَحَّ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ . وَظَاهِرُ

فصل : وَحُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ مِنَ الْإِمَاءِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، وَالنَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ لَشَهْوَةٍ ، فِيمَا يَرْجَعُ إِلَى تَحْرِيمِ الْأُخْتِ ، كَحُكْمِهِ فِي تَحْرِيمِ الرِّبِّيَّةِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تُحَرِّمُ ؛ لِأَنَّ الْحِلَّ ثَابِتٌ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ^(١) . وَمُخَالَفَةُ ذَلِكَ إِنَّمَا تَثْبُتُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَانْجَمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ . وَالْمُرَادُ بِهِ الْجَمْعُ فِي الْعَقْدِ أَوِ الْوَطْءِ ، وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا ، وَلَا مَا فِي مَعْنَاهُمَا .

٣١٤٩ - مسألة : (وَإِنْ وَطِئَ أُمَّتُهُ ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا ، لَمْ يَصَحَّ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ) وَقَدْ سُئِلَ أَحْمَدُ عَنْ هَذَا ، فَقَالَ : لَا يَجْمَعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ الْأُمْتَيْنِ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَصَحُّ . وَهُوَ إِحْدَى الرِّوَايَاتِ ^(٢) عَنْ مَالِكٍ . قَالَ الْقَاضِي : هُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ تَصِيرُهُ بِالْمَرْأَةِ فِرَاشًا ،

« الْمُحَرَّرِ » ، أَنَّهَا إِذَا رَجَعَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ أَنْ وَطِئَ الْبَاقِيَةَ ، أَنَّهُ يُقِيمُ عَلَى وَطْئِهَا ، وَيَجْتَنِبُ الرَّاجِعَةَ ؛ وَإِنْ رَجَعَتْ قَبْلَ وَطْءِ الْبَاقِيَةِ ، وَطِئَ أُيْتَهُمَا شَاءَ . قَالَ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ : هَذَا إِذَا عَادَتْ إِلَيْهِ عَلَى وَجْهِ لَا يَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ عَلَيْهِ ، أَمَا إِنْ وَجِبَ الْاسْتِبْرَاءُ ، لَمْ يَلْزَمَهُ تَرْكُ أُخْتِهَا حَتَّى يَسْتَبْرَأَ .

قوله : وَإِنْ وَطِئَ أُمَّتُهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا ، لَمْ يَصَحَّ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْقَاضِي : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَحَكَاهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ رِوَايَةً . اخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذْكِرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْخُلَاصَةِ » ،

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) في الأصل : « الروايتين » .

كَلَامُ أَحْمَدَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَلَا يَطُوهَا حَتَّى يُحَرَّمَ

المقنع

الشرح الكبير

فَلَمْ يَجُزْ أَنْ تَرَدَّ عَلَى فِرَاشِ الْأُخْتِ ، كَالْوَطْءِ ، وَلَأنَّهُ فِعْلٌ فِي الْأُخْتِ^(١) يُنَافِي إِبَاحَةَ أُخْتِهَا الْمُفْتَرِشَةِ^(٢) ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالْوَطْءِ (وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يَصِحُّ) ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ (وَلَا يَطُوهَا حَتَّى يُحَرَّمَ الْمَوْطُوءَةُ) وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأنَّهُ [١١٧/٦] سَبَبٌ يُسْتَبَاحُ بِهِ الْوَطْءُ ، فَجَازَ أَنْ يَرَدَّ عَلَى وَطْءِ الْأُخْتِ^(٣) ، وَلَا يُبَيِّحُ كَالشَّرَاءِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَصِحُّ النِّكَاحُ ، وَتَحِلُّ لَهُ الْمَنْكُوحَةُ ، وَتَحْرُمُ أُخْتُهَا ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ أَقْوَى مِنَ الْوَطْءِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَا وَجَبَ تَقْدِيمُ الْأَقْوَى . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَأنَّ وَطْءَ مَمْلُوكَةٍ مَعْنَى يُحَرَّمُ أُخْتُهَا لِعِلَّةِ الْجَمْعِ ، فَمَنْعَ صِحَّةِ

الإنصاف

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الرِّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِيِ الصَّغِيرِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » ، و « نَازِلِ الْمَفْرَدَاتِ » . وَهُوَ مِنْهَا . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَحَكَاهَا فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ رِوَايَةً ، وَنَقَلَهَا حَنْبَلٌ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، و « الْفُرُوعِ » .
^(٣) فَائِدَةٌ : مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ ، لَوْ أَعْتَقَ سُرِّيَّتَهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتُهَا فِي مُدَّةِ اسْتِبْرَائِهَا^(٤) .

قوله : وَلَا يَطُوهَا حَتَّى يُحَرَّمَ الْمَوْطُوءَةُ . يَعْنِي ، عَلَى الْقَوْلِ بِالصَّحَّةِ .

(١) بعده في م : « ما » .

(٢) سقط من : م .

(٣-٣) زيادة من : ١ .

المقنع الموطوءة ، فَإِنْ عَادَتْ إِلَىٰ مِلْكِهِ ، لَمْ يَطَأْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا حَتَّىٰ يُحَرِّمَ الْأُخْرَىٰ .

الشرح الكبير النكاح ، كالزَّوْجِيَّةُ^(١) ، ويُفَارِقُ الشَّرَاءَ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْحَصِرُ فِي الْوَطْءِ ، وَلِهَذَا صَحَّ شِرَاءُ الْأُخْتَيْنِ وَمَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ . وَقَوْلُهُمْ : النِّكَاحُ أَقْوَىٰ مِنَ الْوَطْءِ . مَمْنُوعٌ . وَإِنْ سُلِمَ ، فَالْوَطْءُ أَسْبَقُ ، فَيَقْدَمُ وَيَمْنَعُ صِحَّةَ مَا يَطْرَأُ عَلَيْهِ مِمَّا يَنْبَغِيهِ ، كَالْعِدَّةِ تَمْنَعُ ابْتِدَاءَ نِكَاحِ الْأُخْتِ ، وَكَذَلِكَ وَطْءُ الْأُمَةِ ، يُحَرِّمُ نِكَاحَ ابْنَتِهَا وَأُمِّهَا ، وَلِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ نِكَاحِ الْأُخْتِ فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا ، لَكُونِهِ لَمْ يَسْتَبْرَأْ^(٢) الْمَوْطُوءَةُ (فَإِنْ عَادَتْ إِلَىٰ مِلْكِهِ ، لَمْ يَطَأْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا حَتَّىٰ يُحَرِّمَ الْأُخْرَىٰ) إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّ الْأُولَىٰ عَادَتْ إِلَىٰ الْفِرَاشِ ، فَاجْتَمَعَ فِيهِ ، فَلَمْ^(٣) تُبَحِّ لَهَا^(٣) وَاحِدَةً مِنْهُمَا قَبْلَ إِخْرَاجِ الْأُخْرَىٰ عَنِ الْفِرَاشِ .

الإيضاح [٢٣/٣] الْمَوْطُوءَةُ هِيَ أُمَّتُهُ . وَهَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » وَغَيْرِهِ . وَعَنْهُ ، يَحْرُمَانِ مَعًا ، حَتَّىٰ يُحَرِّمَ إِحْدَاهُمَا .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، مِثْلُ هَذَا الْحُكْمِ ، لَوْ تَزَوَّجَ أُخْتُ أُمَّتِهِ بَعْدَ تَحْرِيمِهَا ثُمَّ رَجَعَتْ الْأُمَةُ إِلَيْهِ ، لَكِنَّ النِّكَاحَ بِحَالِهِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقَدَّمَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْح » ، أَنَّ حِلَّ وَطْءِ الزَّوْجَةِ بَاقٍ . وَإِنْ أَعْتَقَ أُمَّتَهُ

(١) فِي م : « كَالزَّوْجَةِ » .

(٢) فِي م : « يَشْتَرِ » .

(٣-٣) فِي م : « تَسْتَبِحِ » .

فصل : فَإِنْ زَوَّجَ الْأُمَّةَ الْمَوْطُوءَةَ أَوْ أَخْرَجَهَا عَنْ مِلْكِهِ ، فَلَهُ نِكَاحُ أُخْتِهَا ، فَإِنْ عَادَتِ الْأُمَّةُ إِلَى مِلْكِهِ ، فَالزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا ، وَحِلُّهَا بَاقٍ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ أَقْوَى ، وَلَا تَحِلُّ لَهُ ^(١) الْأُمَّةُ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ تَحْرُمَ إِحْدَاهُمَا ؛ لِأَنَّ أُمَّتَهُ الَّتِي كَانَتْ فَرِاشًا قَدْ عَادَتْ إِلَيْهِ ، وَالْمَنْكُوحَةُ مُسْتَفْرَشَةٌ ، فَأُشْبِهَ أُمَّتَيْهِ اللَّتَيْنِ ^(٢) وَطِئَ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ تَزْوِيجِ الْأُخْرَى ، ثُمَّ طَلَّقَ ^(٣) الزَّوْجَ أُخْتَهَا . فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ اشْتَرَى أُخْتَهَا ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ كَالْوَطْءِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ وَطِئَ أُمَّتَهُ ثُمَّ اشْتَرَى أُخْتَهَا ، فَإِنْ وَطِئَ أُمَّتَهُ ^(٤) حُرْمَتًا عَلَيْهِ حَتَّى يَسْتَبْرَأَ الْأُمَّةَ ، ثُمَّ تَحِلَّ لَهُ زَوْجَتُهُ دُونَ أُمَّتِهِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ أَقْوَى وَأَسْبَقُ ، وَإِنَّمَا وَجَبَ الِاسْتِبْرَاءُ لِئَلَّا يَكُونَ جَامِعًا مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَحْرُمَا عَلَيْهِ جَمِيعًا حَتَّى يُحْرَمَ إِحْدَاهُمَا ، كَالْأُمَّتَيْنِ . وَحُكْمُ عَمَّةِ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا ، كَأُخْتِهَا فِي تَحْرِيمِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا فِي الْوَطْءِ ، وَالتَّفْصِيلُ ^(٥) فِيهَا كَالْتَفْصِيلِ ^(٥) فِي الْأُخْتَيْنِ ، عَلَى مَا ذُكِرَ .

ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا فِي مَدَّةِ اسْتِبْرَائِهَا ، فَفِي صِحَّةِ الْعَقْدِ الرَّوَّائِثَانِ الْمُتَقَدِّمَتَانِ ، وَلَهُ نِكَاحُ أَرْبَعٍ سِوَاهَا فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . قَالَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ، وَابْنُ الْمُنَيِّ . وَنَصَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِ الصَّغِيرِ » ، كَمَا قَبْلَ الْعِتْقِ . وَقِيلَ : لَا

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « التي » .

(٣) في م : « يطلق » .

(٤) في م : « أُمِّيَّة » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

فصل : وَلَا بَأْسَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ مَنْ كَانَتْ زَوْجَةً رَجُلٍ ^(١) وَأَبْنَتَهُ مِنْ غَيْرِهَا . هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، يَرَوْنَ الْجَمْعَ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَرَبِيبَتِهَا فِي النِّكَاحِ . فَعَلَهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ ^(٢) . وَهُوَ قَوْلُ سَائِرِ الْفُقَهَاءِ ، إِلَّا الْحَسَنَ ، وَعِكْرَمَةَ ، وَابْنَ أَبِي لَيْلَى ، فَإِنَّهُمْ كَرِهُوا ؛ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا لَوْ كَانَتْ ذَكَرًا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ الْأُخْرَى ، فَأَشْبَهَ الْمَرْأَةَ وَعَمَّتَهَا . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ ^(٣) . وَلِأَنَّهُمَا لَا قَرَابَةَ بَيْنَهُمَا ، فَأَشْبَهَا الْأَجْنَبِيَّتَيْنِ ، وَلِأَنَّ الْجَمْعَ حَرُمٌ خَوْفًا مِنْ

الإنصاف يجوزُ . التَّرَمُّ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيْقِ » فِي مَوْضِعٍ ؛ قِيَاسًا عَلَى الْمَنْعِ مِنْ تَزْوُجِ أَخْتِهَا . قُلْتُ : وَهُوَ ضَعِيفٌ جَدًّا . الثَّانِيَةُ ، لَوْ مَلَكَ أُخْتَيْنِ ، مُسْلِمَةً وَمَجُوسِيَّةً ، فَلَهُ وَطْءُ الْمُسْلِمَةِ . ذَكَرَهُ فِي « التَّبَصُّرَةِ » ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي « الْفُرُوعِ » . الثَّالِثَةُ ، لَوْ اشْتَرَى أُخْتُ زَوْجَتِهِ ، صَحَّ ، وَلَا يَطْوُهَا فِي عِدَّةِ الزَّوْجَةِ ، فَإِنْ فَعَلَ ، فَالْوَجْهَانِ الْمُتَقَدِّمَانِ . وَهَلْ دَوَاعِي الْوُطْءِ كَالْوُطْءِ ؟ فِيهِ الْوَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ دَوَاعِي الْوُطْءِ كَالْوُطْءِ . وَقَدَّمَ ابْنَ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » إِبَاحَةَ الْمُبَاشَرَةِ ، وَالنَّظَرَ إِلَى الْفَرْجِ لَشَهْوَةٍ .
تَنْبِيْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ^(٤) ، تَقَدَّمَ فِي آخِرِ كِتَابِ الطَّهَارَةِ ^(٥) ، إِذَا اشْتَبَهَتْ أُخْتُهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) عبد الله بن صفوان بن أمية بن خلف الجمحي المكي أبو صفوان ، من أشراف قريش ، لا صحبة له ، كان سيد أهل مكة في زمانه حلمه وسخائه وعقله ، قتل مع ابن الزبير وهو متعلق بالأسار سنة ثلاث وسبعين . سير أعلام النبلاء ١٥٠/٤ ، ١٥١ . العبر ٨٢/١ .

(٣) سورة النساء ٢٤ .

(٤) في الأصل ، ط : « إحداهما » .

(٥) انظر ١٤١/١ .

قَطِيعَةُ الرَّحِمِ الْقَرِيبَةِ بَيْنَ الْمُتَنَاسِلِينَ ، وَلَا قَرَابَةَ بَيْنَ هَاتَيْنِ ، وَبِهَذَا يُفَارِقُ مَا ذَكَرُوهُ .

فصل : ولو كان لرجل ابنٌ من غيرِ زَوْجَتِهِ ، ولها بِنْتُ من غيره ، أو كان له بِنْتُ ولها ابنٌ ، [١١٧/٦ ط] جاز تزويجُ أحدهما من الآخرِ في قولِ عامةِ الفقهاءِ . وحكى عن طاوُسٍ كَرَاهِيَتُهُ إِذَا كَانَ مِمَّا وَلَدَتْهُ الْمَرْأَةُ بَعْدَ وَطْءِ الزَّوْجِ لَهَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ وَالْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ وَلَا سَبَبٌ يَفْتَضِي التَّحْرِيمَ ، وَكَوْنُهُ أَخًا لِأُخْتِهَا ، لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلتَّحْرِيمِ ، فَيَبْقَى عَلَى الْإِبَاحَةِ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ . وَمَتَى وَلَدَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ ذَلِكَ الرَّجُلِ وَلَدًا ، صَارَ عَمًّا (وَلَدَتْ وَلَدَهُمَا) وَخَالًا .

فصل : إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ لَمْ تَحْرُمِ أُمُّهَا وَلَا ابْنَتُهَا عَلَى أَبِيهِ وَلَا ابْنِهِ ، فَمَتَى تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ وَزَوْجُ ابْنِهِ (١) أُمُّهَا ، جَازَ ؛ لِعَدَمِ أَسْبَابِ التَّحْرِيمِ ، فَإِذَا وَلَدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (٢) وَلَدٌ ، كَانَ وَلَدُ الْأَبِ عَمًّا وَلَدِ الْإِبْنِ (٣) ، وَلَدُ الْإِبْنِ خَالَ وَلَدِ الْأَبِ . وَيُرْوَى أَنَّ رَجُلًا أَتَى عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ ، فَقَالَ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً ، وَزَوَّجْتُ ابْنِي بِأُمِّهَا ، فَأَجِزْنَا (٤) .

(١-٢) في النسختين : « لولديهما » ، والمثبت كما في المغنى ٥٤٣/٩ .

(٢) في م : « أباه » .

(٣) سقط من : م .

(٤) في م : « الأم » .

(٥) في م : « فأخبرنا » .

فقال عبدُ الملك : إن أَخْبَرْتَنِي بِقَرَابَةِ وَلَدِكَ مِنْ وَلَدِ ابْنِكَ ^(١) أَجَزْتُكَ ^(٢) .
فقال الرجلُ : يا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، هَذَا الْعُرْيَانُ بْنُ الْهَيْثَمِ الَّذِي وَلَّيْتَهُ قَائِمَ
سَيْفِكَ ، إِنْ عَلِمَ ذَلِكَ فَلَا تُجْزِنِي . فقال الْعُرْيَانُ : أَحَدُهُمَا عَمُّ الْآخَرِ ،
وَالْآخَرُ خَالُهُ .

فصل : إِذَا تَزَوَّجَ رَجُلٌ امْرَأَةً ، وَزَوْجَ ابْنَتِهِ بِنْتِهَا أَوْ أُمِّهَا ، فُزِفَتْ امْرَأَةٌ
كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ ، فَوَطَّئَهَا ، فَإِنَّ وَطْءَ الْأَوَّلِ يُوجِبُ عَلَيْهِ مَهْرَ
مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ وَطْءُ شُبْهَةٍ ، وَيُفْسَخُ بِهِ نِكَاحُهَا مِنْ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ
بِالْوَطْءِ حَلِيلَةً لِأَبْنِهَا أَوْ ابْنَتِهِ ، وَيَسْقُطُ بِهِ مَهْرُ الْمُطَوَّعَةِ عَنْ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ
جَاءَ ^(٣) مِنْ قَبْلِهَا بِتَمَكُّينِهَا مِنْ وَطْئِهَا ، وَمُطَاوَعَتِهَا عَلَيْهِ ، وَلَا شَيْءَ
لِزَوْجِهَا عَلَى الْوَاطِئِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ يَرْجِعُ بِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ مُشَارِكَةً ^(٤)
فِي إِفْسَادِ نِكَاحِهَا بِالْمُطَاوَعَةِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَى زَوْجِهَا شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَتْ
بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ لِزَوْجِهَا نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَفْسَدَ نِكَاحَهَا
قَبْلَ الدُّخُولِ ، أَشْبَهَ الْمَرْأَةَ تُفْسِدُ نِكَاحَهُ بِالرِّضَاعِ ، وَيُفْسَخُ نِكَاحُ الْوَاطِئِ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّ امْرَأَتَهُ صَارَتْ أُمًّا لِمُطَوَّعَتِهِ أَوْ بِنْتًا لَهَا ، وَلَهَا نِصْفُ الْمُسَمَّى .
فَأَمَّا وَطْءُ الثَّانِي ، فَيُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ لِلْمُطَوَّعَةِ خَاصَّةً . فَإِنْ أَشْكَلَ
الْأَوَّلُ ، انْفَسَخَ النِّكَاحَانِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرٌ مِثْلُهَا عَلَى وَاطِئِهَا ، وَلَا يَثْبُتُ

(١) فِي م : « أَيْبِك » .

(٢) فِي م : « أَخْبَرْتُكَ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « مُشْكُوكَةٌ » .

وَلَا يَحِلُّ لِلْحُرِّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ ، وَلَا لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ ، وَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ ، لَمْ يَجُزَّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْرَى حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا .

الشرح الكبير

رُجُوعُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ ، وَيَجِبُ لِمَرْأَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الْآخَرِ نِصْفُ الْمُسَمَّى ، وَلَا يَسْقُطُ بِالشَّكِّ .

٣١٥٠ - مسألة : (وَلَا يَحِلُّ لِلْحُرِّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ ، وَلَا لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ ، فَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ ، لَمْ يَتَزَوَّجَ أُخْرَى حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا) أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْحُرَّ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ زَوَاجَاتٍ . لَا نَعْلَمُ أَحَدًا مِنْهُمْ خَالَفَ فِي ذَلِكَ ، إِلَّا شَيْئًا يُحْكِي عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ ^(١) ، أَنَّهُ أَبَاحَ تِسْعًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مَثْنَى وَثُلثَ وَرُبْعَ ﴾ ^(٢) . وَالْوَاوُ لِلْجَمْعِ ، وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَاتَ عَنْ تِسْعٍ . وَهَذَا خَرَقٌ لِلْإِجْمَاعِ وَتَرْكٌ لِلسُّنَّةِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ [١١٨/٦] قَالَ لَعِيلَانَ بْنِ سَلَمَةَ ، حِينَ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ : « أُمْسِكْ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . وَقَالَ نَوْفَلُ بْنُ مُعَاوِيَةَ : أَسْلَمْتُ وَتَحْتِي

الإنصاف

الثَّانِي ، قَوْلُهُ : وَلَا يَحِلُّ لِلْحُرِّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ ، وَلَا لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ . بِلَا زَوَاجٍ . وَمَفْهُومُ قَوْلِهِ : وَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ ، لَمْ يَجُزَّ أَنْ يَتَزَوَّجَ

(١) القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل الحسنى العلوى الرسمى أبو محمد ، فقيه شاعر ، من أئمة الزيدية ، شقيق ابن طباطبا (محمد بن إبراهيم) أعلن دعوته بعد موت أخيه ، له رسائل في الإمامة والعدل والتوحيد وغير ذلك ، توفي سنة ست وأربعين ومائتين . الأعلام ، للزركلى ٥/٦ .

(٢) سورة النساء ٣ .

خَمْسُ نِسْوَةٍ ، فقال لى النبى ﷺ : « فَارِقْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ » . رواهما الشافعى فى « مُسْنَدِهِ »^(١) . وإذا مُنِعَ مِنْ اسْتِدَامَةِ زِيَادَةِ عَلَى أَرْبَعٍ ، فَلَا بُدَّاءُ أَوَّلَى ، وَالْآيَةُ أُرِيدَ بِهَا التَّخْيِيرُ بَيْنَ اثْنَتَيْنِ وَثَلَاثٍ وَأَرْبَعٍ ، كَمَا قَالَ : ﴿ أَوَّلَىٰ أَجْنَحَةٍ مَّثْنَىٰ وَثُلُثٌ وَرُبْعٌ ﴾^(٢) . وَلَمْ يُرِدْ أَنَّ لِكُلِّ مَلَكٍ تِسْعَةَ أَجْنَحَةٍ ، وَلَوْ أَرَادَ ذَلِكَ لَقَالَ : تِسْعَةٌ . وَلَمْ يَكُنْ لِلتَّطْوِيلِ مَعْنَى ، وَمَنْ قَالَ غَيْرَ ذَلِكَ فَقَدْ جَهِلَ اللُّغَةَ الْعَرَبِيَّةَ . وَأَمَّا النَّبِيُّ ﷺ فَمَخْصُوصٌ بِذَلِكَ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ أَكْثَرٍ مِنْ تِسْعٍ .

فصل : وليس للعبد أن يزيد على^(٣) أكثر من^(٤) اثنتين ، ولا خلاف فى

أُخْرَى حَتَّى تَنْقُضَى عِدَّتُهَا . أَنَّهَا لَوْ مَاتَتْ ، جَازَ تَزْوُجُ غَيْرِهَا فِي الْحَالِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . فَلَوْ قَالَ : أَخْبَرْتَنِي بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا . فَكَذَّبْتُهُ ، فَلَهُ نِكَاحُ أُخْتِهَا ، وَبَدَلُهَا ، فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ . قَالَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . فَعَلَى الْأَوَّلِ ، لَا تَسْقُطُ السُّكْنَى وَالتَّقْفَةُ وَنَسَبُ الْوَلَدِ ، بَلِ الرَّجْعَةُ . قَالَهُ الْأَصْحَابُ .

(١) فى : كتاب النكاح . ترتيب مسند الشافعى ١٦/٢ .

كما أخرج الأول الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده عشر نساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٦٠/٥ ، ٦١ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٨/١ . والإمام مالك ، فى : باب جامع الطلاق ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٨٦/٢ . والإمام أحمد ، فى المسند ٤٤/٢ . وصححه فى الإرواء ٢٩١/٦ - ٢٩٥ .

وكما أخرج الثانى البيهقى ، فى : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نساء ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ١٨٤/٧ . وهو ضعيف ، انظر الإرواء ٢٩٥/٦ .

(٢) سورة فاطر ١ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

جَوَازِ الْجَمْعِ بَيْنَ اثْنَتَيْنِ لَهُ ، وَاخْتَلَفُوا فِي إِبَاحَةِ الْأَرْبَعِ لَهُ ، فَمَذْهَبُ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لَهُ إِلَّا اثْنَتَانِ . وَهَذَا قَوْلُ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَعَلِيٌّ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ ابْنِ عَوْفٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَسَلَامُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، وَطَاوُسٌ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَدَاوُدُ : لَهُ نِكَاحُ أَرْبَعٍ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّ هَذَا طَرِيقُهُ اللَّذَّةُ وَالشَّهْوَةُ ، فَسَاوَى الْعَبْدُ فِيهِ الْحُرَّ ، كَالْمَأْكُولِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلُ مَنْ سَمِعْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُمْ مُخَالَفٌ فِي عَصْرِهِمْ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا . وَقَدْ رَوَى لَيْثُ بْنُ أَبِي سُلَيْمٍ عَنِ الْحَكَمِ بْنِ عَتِيْبَةَ^(١) ، قَالَ : أَجْمَعَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَنْكِحُ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ^(٢) . وَيُقَوَّى هَذَا مَا^(٣) رَوَى^(٤) الْإِمَامُ أَحْمَدُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ ، أَنَّ عَمْرًا سَأَلَ

فَالثَّانِي ؛ إِحْدَاهُمَا ، قَوْلُهُ : وَلَا يَحِلُّ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْنِ بِلَا نِزَاعٍ . الْإِنْصَافُ وَنَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ ؛ مِنْهُمْ صَالِحٌ ، وَابْنُ مَنْصُورٍ ، وَيَعْقُوبُ بْنُ بَخْتَانَ . لَكِنْ لَوْ كَانَ نِصْفُهُ حُرًّا فَأَكْثَرَ ، جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ثَلَاثًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْبُلْعَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَتِيْبَةُ » .

وَهُوَ الْحَكَمُ بْنُ عَتِيْبَةَ الْكِنْدِيُّ أَبُو مُحَمَّدٍ ، مَوْلَاهُمُ الْكُوفِيُّ ، الْإِمَامُ الْكَبِيرُ عَالِمُ أَهْلِ الْكُوفَةِ ، كَانَ ثِقَةً ثَبَتًا فَقِيهًا ، تَوَفَّى سَنَةَ خَمْسٍ عَشْرَةٍ وَمِائَةٍ . سِيرُ أَعْلَامِ النَّبَلَاءِ ٢٠٨/٥ - ٢١٣ .

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ١٤٥/٤ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٥٨/٧ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « عَنْ » .

الناس : كم يَتَزَوَّجُ الْعَبْدُ ؟ فقال عبدُ الرحمن بنُ عَوْفٍ : ثَنَتَيْنِ ، وَطَلَّاقُهُ ثَنَتَيْنِ^(١) . فذلَّ هذا على أنَّ ذلك كان بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَغَيْرِهِمْ ، فلم يُنْكَرْ ، وهذا يَخُصُّ عُمُومَ الْآيَةِ ، على أنَّ فيها ما يَدُلُّ على إِرَادَةِ الْأَحْرَارِ ، وهو قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾^(٢) . وَيُفَارِقُ النِّكَاحَ الْمَأْكُولَ ، فَإِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّفْضِيلِ ، ولهذا فَارَقَ النَّبِيُّ ﷺ فِيهِ أُمَّتَهُ ، وَلَأَنَّ فِيهِ مِلْكَاً ، وَالْعَبْدُ يَنْقُصُ فِي الْمِلْكِ عَنِ الْحُرِّ .

فصل : إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ امْرَأَةً ، حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُخْتُهَا وَعَمَّتُهَا وَخَالَتُهَا وَبِنْتُ أَخِيهَا^(٣) وَبِنْتُ أُخْتِهَا تَحْرِيمَ جَمْعٍ^(٤) ، وكذلك إِذَا تَزَوَّجَ الْحُرُّ أَرْبَعًا ، حَرُمَتْ الْخَامِسَةُ تَحْرِيمَ جَمْعٍ . وَإِنْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ اثْنَتَيْنِ ، حَرُمَتْ الثَّالِثَةُ تَحْرِيمَ جَمْعٍ . فَإِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلَّاقًا رَجْعِيًّا ، فَالتَّحْرِيمُ بَاقٍ بِحَالِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا ، وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا أَوْ فَسْخًا ، فَكَذَلِكَ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا . يُرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ .

و « الْفُرُوعِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَقِيلَ : هُوَ كَالْعَبْدِ . وَيَأْتِي فِي آخِرِ نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ وَالْمَمَالِكِ : هَلْ لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَسَرَّى بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، أَمْ لَا ؟ الثَّانِيَةُ ، اخْتِلَافٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي جَوَازِ تَسَرُّي الْعَبْدِ بِأَكْثَرِ مِنْ اثْنَتَيْنِ ؛ فنَقَلَ عَنْهُ

(١) أخرجه الشافعي ، في : باب في العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب مسند الشافعي ٥٧/٢ . والبيهقي ،

في : السنن الكبرى ١٥٨/٧ .

(٢) سورة النساء ٣ .

(٣-٣) سقط من : م .

وقال القاسم بن محمد ، [١١٨/٦ ط] وعروة ، وابن أبي ليلى ، ومالك ،
والشافعي ، وأبو عبيد ، وابن المنذر : له نكاح جميع من سمينا في تحريم
الجمع ^(١) . وروى ذلك عن «زيد بن» ثابت ؛ لأن المحرم الجمع
بينهما في النكاح ، بدليل قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ .
أى نكاحهن . وقال : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ . معطوفاً عليه .
والباين ليست في نكاحه ، ولأنها بائن ، فأشبهت المطلقة قبل
الدخول ^(٢) . ولنا ، قول علي ، وابن عباس ، وروى عن عبيدة السلماني
أنه قال ^(٣) : ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل
الظهر وأن لا تنكح المرأة في عدة أختها . وروى عن النبي ﷺ أنه قال :
« مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعُ مَاءً فِي رَحِمِ
أُخْتَيْنِ » ^(٤) . وروى عن أبي الزناد ، قال : كان للوليد بن عبد الملك
أربع نسوة ، فطلق واحدة البتة ، وتزوج قبل أن تحل ، فعاب ذلك كثير

المؤمنين الجواز . قلت : وهو الصواب . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وجزم
به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « النظم » ، وغيرهم ، في آخر باب نفقة
الأقارب والمماليك . ونقل أبو الحارث ، المنع كالنكاح . قال في « القواعد
الأصولية » : ولم يختلف عنه في أن عتق العبد وسريته يوجب تحريمها عليه ،

(١) سقط من : م .

(٢-٢) سقط من : م .

(٣) بعده في م : « بها » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٣١١ .

مِنَ الْفُقَهَاءِ ، وَلَيْسَ كُلُّهُمْ عَابَهُ ^(١) . قَالَ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ : إِذَا عَابَ عَلَيْهِ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ فَأَيُّ شَيْءٍ بَقِيَ ! وَلَئِنَّهَا مَخْبُوسَةٌ عَنِ النِّكَاحِ لِحَقِّهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ^(٢) ، وَفَارَقَ الْمُطَلَّقةَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَذَا ^(٣) .

فصل : وَلَوْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْمُجُوسِيَّةِ أَوْ الْوَثْنِيَّةِ ، أَوْ انْفَسَخَ النِّكَاحُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِخُلْعٍ أَوْ رِضَاعٍ ، أَوْ فُسِّخَ بِعَيْبٍ أَوْ إِعْسَارٍ أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَحَدًا مِمَّنْ يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَوْجَتِهِ حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، سَوَاءً قُلْنَا بِتَعْجِيلِ الْفُرْقَةِ أَوْ لَمْ نَقُلْ . فَإِنْ أَسْلَمَتْ زَوْجَتُهُ فَتَزَوَّجَ أُخْتُهَا فِي عِدَّتِهَا ، ثُمَّ أَسْلَمَا ، اخْتَارَ مِنْهُمَا وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ ^(٤) تَزَوَّجَهُمَا مَعًا ، وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْأُولَى ، بَانَ ، وَثَبَّتَ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ .

فصل : إِذَا أُعْتَقَ أُمٌّ وَلَدِهِ ، أَوْ أَمَةٌ كَانَ يُصِيبُهَا ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتُهَا حَتَّى يَنْقَضِيَ اسْتِبْرَاؤُهَا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ ، وَلَا فِي عِدَّةٍ مِنْ نِكَاحٍ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ مِنْهُ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ نِكَاحُ أُخْتُهَا ، كَالْمُعْتَدَّةِ

وَاخْتَلَفَ عَنْهُ فِي عِتْقِ الْعَبْدِ وَزَوْجَتِهِ ، هَلْ يَنْفَسِخُ بِهِ النِّكَاحُ ؟ عَلَى مَا يَأْتِي مُحَرَّرًا فِي آخِرِ الْبَابِ الْآتِي بَعْدَهُ .

(١) أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ، فِي : بَابِ الْحُكْمِ فِي امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنُ ٤٠٠/١ .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْمَغْنَى ٤٧٨/٩ : « وَلَئِنَّهَا مُعْتَدَّةٌ فِي حَقِّهِ ، أَشْبَهَتْ الرِّجْعِيَّةَ » .

(٣) فِي م : « بِهَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

مِنْ نِكَاحٍ أَوْ وَطْءٍ بِشُبْهَةٍ ، وَلَأنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يَكُونَ مَاؤُهُ فِي رَحِمِهَا ، فَيَكُونَ دَاخِلًا فِي عُمُومِ مَنْ جَمَعَ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ ، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ نِكَاحِ أَرْبَعٍ سِوَاهَا . وَمَنْعَهُ زُفْرٌ . وَهُوَ غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ قَبْلَ إِعْتَاقِهَا ، فَبَعْدَهُ أَوَّلَى .

فصل : وَلَا يُمْنَعُ مِنْ نِكَاحِ أُمَةٍ فِي عِدَّةٍ حَرَّةٍ بَائِنٍ . وَمَنْعَهُ أَبُو حَنِيفَةَ ، كَمَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي صُلْبِ نِكَاحِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَادِمٌ لِلطُّوْلِ ، خَائِفٌ لِلْعَنْتِ ، فَأُيِّحَ لَهُ نِكَاحُهَا ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ ^(١) . الْآيَةُ . وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي صُلْبِ نِكَاحِ الْحَرَّةِ ، بَلْ يَجُوزُ إِذَا تَحَقَّقَ الشَّرْطَانِ .

فصل : وَإِنْ زَنَى بَامْرَأَةٍ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، وَحُكْمُ الْعِدَّةِ مِنَ الزَّانِي وَالْعِدَّةِ مِنَ وَطْءِ الشُّبْهَةِ حُكْمُ الْعِدَّةِ مِنَ النِّكَاحِ ، عَلَى [١١٩/٦] مَا نَذَرْنَاهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَإِنْ زَنَى بِأُخْتِ امْرَأَتِهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : يُمْسِكُ عَنْ وَطْءِ امْرَأَتِهِ حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيضٍ . وَعَنْهُ ، حَيْضَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَحْرُمَ بِذَلِكَ أُخْتُهَا وَلَا أَرْبَعٌ سِوَاهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مَنْكُوحَةً ، وَمَجْرَدُ الْوَطْءِ لَا يُمْنَعُ ، بِدَلِيلِ الْوَطْءِ فِي مِلْكِ الْيَمِينِ ، فَإِنَّهُ لَا يُمْنَعُ أَرْبَعًا سِوَاهَا .

فصل : إِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّ امْرَأَتَهُ أَخْبَرَتْهُ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فِي ^(٢) مُدَّةٍ

(١) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٥ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

فَصْلٌ : النَّوَءُ الثَّانِي ، مُحَرَّمَاتُ لِعَارِضٍ يَزُولُ ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ نِكَاحُ زَوْجَةٍ غَيْرِهِ ، وَالْمُعْتَدَّةُ مِنْهُ ، وَالْمُسْتَبْرَأَةُ [٢٠٦ ظ] مِنْهُ ،

يَعُجُوزُ انْقِضَاؤُهَا فِيهَا ، وَكَذَّبَتْهُ ، أُبِيحَ لَهُ نِكَاحُ أُخْتِهَا وَأَرْبَعٍ سِوَاهَا فِي الظَّاهِرِ ، فَأَمَّا فِي الْبَاطِنِ ، فَيُنْبِئُ^(١) عَلَى صِدْقِهِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي نَفْسِ نَفَقَتِهَا وَسُكْنَاهَا وَنَفْسِ^(٢) النَّسَبِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا وَلَوْلَدِهَا ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَغَيْرُهُ . وَقَالَ زُفَرٌ : لَا يُصَدَّقُ فِي شَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ وَاحِدٌ لَا يُصَدَّقُ فِي بَعْضٍ حُكْمِهِ ، فَلَا يُصَدَّقُ فِي الْبَعْضِ الْآخَرِ ، قِيَاسًا لِلْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ الْوَاحِدُ صِدْقًا كَذِبًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَوْلٌ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقٍّ لغيرِهِ ، وَحَقًّا لَهُ لَا ضَرَرَ عَلَى غَيْرِهِ فِيهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُصَدَّقَ فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ أَقْرَأَ أَنَّ الْبَائِعَ كَانَ أَعْتَقَهُ ، صُدِّقَ فِي حُرِّيَّتِهِ وَلَمْ يُصَدَّقَ فِي الرَّجُوعِ بِشَمَنِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ أَقْرَأَ أَنَّ امْرَأَتَهُ أُخْتَهُ مِنَ الرِّضَاعِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، صُدِّقَ^(٣) فِي بَيِّنَوْنَتِهَا وَتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ ، وَلَمْ يَسْقُطْ مَهْرُهَا إِذَا كَذَّبَتْهُ .

فصل : قال الشيخ - رَحِمَهُ اللَّهُ : (النَّوَءُ الثَّانِي ، مُحَرَّمَاتُ لِعَارِضٍ يَزُولُ ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ نِكَاحُ زَوْجَةٍ غَيْرِهِ) بغيرِ خِلَافٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى :

(١) فِي م : « فَيُنْبِئُ » .

(٢) فِي م : « تَعِينُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ حَتَّى تَتُوبَ وَتَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا ، المنع

الشرح الكبير

﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (والمُعْتَدَّةُ مِنْهُ) لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَغْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾^(١) . (و) تَحْرُمُ (المُسْتَبْرِئَةُ مِنْهُ) لذلك ، ولأنَّ تَزْوِيجَهَا يُفْضِي إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ وَاشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ . وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْمُعْتَدَّةُ مِنْ وَطْءٍ مُبَاحٍ أَوْ مُحْرَمٍ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا ، فَلَوْ أَبْخُنَا تَزْوِيجَهَا لاختلطَ نَسَبُ الْمُتَزَوِّجِ بِنَسَبِ الْوَاطِئِ الْأَوَّلِ . وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُرْتَابَةِ بَعْدَ الْعِدَّةِ بِالْحَمْلِ^(٢) ؛ لذلك .

٣١٥١ - مسألة : (وَتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ حَتَّى تَتُوبَ وَتَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا) إِذَا زَنَتِ الْمَرْأَةُ ، لَمْ يَحِلَّ نِكَاحُهَا لِمَنْ^(٣) يَعْلَمُ ذَلِكَ إِلَّا بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، انْقِضَاءُ عِدَّتِهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ^(٤) «إِنْ حَمَلَتْ» مِنَ الزَّانِي ، وَلَا يَحِلُّ نِكَاحُهَا قَبْلَ الْوَضْعِ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو يَوْسَفَ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ فِي الْأُخْرَى : يَحِلُّ نِكَاحُهَا وَيَصِحُّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لَا يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ ، فَلَمْ يُحْرَمِ النِّكَاحُ ،

قوله : وَتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ حَتَّى تَتُوبَ وَتَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ مُطْلَقًا ، وَإِنْصَافٌ عَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَنَصٌّ عَلَيْهِ^(٥) . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ .

(١) سورة البقرة ٢٣٥ .

(٢) في م : « بِالْحَمْلِ » .

(٣) بعده في م : « لَمْ » .

(٤ - ٤) زيادة من : الْأَصْلُ .

(٥) في الْأَصْلُ : « عَلَيْهِمَا » .

كما لو لم تحمِل . ولنا ، قولُ النبي ﷺ : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ ، فَلَا يَسْقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ »^(١) . يعنى وطء الحوامل . وقولُ
[١١٩/٦ ط] النبي ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ »^(٢) . حديثٌ
صحيحٌ ، وهو عامٌ . وروى عن سعيد بن المسيَّب ، أنَّ رجلاً تزوّجَ
امراً ، فلما أصابها وجدّها حبلى ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرّق بينهما ،
وجعل لها الصّداق ، وجلدّها مائةً . رواه سعيد^(٣) . ورأى النبي ﷺ
امراً مُجْحَماً^(٤) على باب فُسْطَاطٍ ، فقال : « لَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُلَمَّ بِهَا »^(٥) ؟
قالوا : نعم . قال : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنُ لَعْنَةً تَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرُهُ ، كَيْفَ
يَسْتَخْدِمُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ أَمْ كَيْفَ يُورَثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ » . أخرجه
مسلم^(٦) . ولأنّها حاملٌ من غيره ، فحرّم عليه نكاحها ، كسائر

وقدّمه في « الفروع » وغيره . وهو من مُفَرّداتِ المذهب . وقال في
« الانتصار » : ظاهرُ نقلِ حَبْلٍ في التَّوْبَةِ ، لا يَحْرُمُ تَزَوُّجُهَا قَبْلَ التَّوْبَةِ . قال ابنُ

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب في وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٧/١ . والترمذى ،
في : باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٦٤/٥ . والإمام أحمد ،
في : المسند ١٠٨/٤ ، ١٠٩ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٧/١ . والدارمى ،
في : باب في استبراء الأمة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ١٧١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٨/٣ ،
٨٧ ، ٦٢ .

(٣) في : باب المرأة تزوج في عدتها . سنن سعيد بن منصور ١٨٨/١ .

(٤) سقط من : م . وامرأة مجح : قرية الولادة .

(٥) يلم بها : أى يطؤها ، وكانت حاملاً مسبية ، لا يحل جماعها حتى تضع .

(٦) تقدم تخريجه في ٤٢٨/١٩ .

الحوامل . وإذا ثبت هذا ، لزمتها العدة ، وحرم النكاح فيها ؛ لأنها في الأصل لمعرفة براءة الرحم ، ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً ، فلم يصح نكاحها ، كالموطوءة بشبهة . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا عدة عليها ؛ لأنه وطء لا يصير به فراشاً ، فأشبهه وطء الصغير . ولنا ، ما ذكرناه ، وإذا لم يصح نكاح الحامل ، فغيرها أولى ؛ لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب ، وغيرها يحتمل أن يكون ولدها من الأول ، ويحتمل أن يكون من الثاني ، فيفضي إلى اشتباه الأنساب ، فكان بالتحريم أولى ، ولأنه وطء في القبل ، فأوجب العدة ، كوطء الشبهة ، ولا نسلم وطء الصغير الذي يمكنه الوطء . والشرط الثاني ، أن تتوب من الزنى . وبه قال قتادة ، وإسحاق ، وأبو عبيد . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : لا يشترط ذلك ؛ لما روي أن عمر ضرب رجلاً وامراً في الزنى ، وحرص أن يجمع بينهما ، فأبى الرجل^(١) . وروي أن رجلاً

رجب : وأما بعد^(٢) التوبة ، فلم أر من صرح بالبطان فيه ، وكلام ابن عقيل يدل على الصحة ؛ حيث خص البطان بعد^(٣) انقضاء العدة . انتهى . وقال بعض الأصحاب : لا يحرم تزوجها قبل التوبة ، إن نكحها غير الزاني . ذكره أبو يعلى الصغير .

قنبيه : مفهوم كلام المصنف ، أنه لا يشترط توبة الزاني بها إذا نكحها . وهو

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٠٣/٧ ، ٢٠٤ . وسعيد بن منصور ، في : سننه ٢٢٤/١ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٢٤٨/٤ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٥٥/٧ .

(٢) في الأصل ، ط : « فقد » .

(٣) في الأصل ، ط : « بفقد » .

سأل ابن عباس عن نكاح الزانية ، فقال : يجوز ، أرأيت لو سرق من كرم ، ثم ابتاعه ، أكان يجوز ؟ ولنا ، قول الله عز وجل : ﴿ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(١) . وهى قبل التوبة فى حكم الزنى ، فإذا تاب^(٢) زال ذلك ؛ لقول النبى ﷺ : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له »^(٣) . وقوله : « التوبة تمحو الحوبة »^(٤) . ورؤى أن مرثدا العنوى دخل مكة ، فرأى امرأة فاجرة يقال لها : عناق . فدعته إلى نفسها ، فلم يجبها ، فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ ، فقال له : أنكح عناقا ؟ فلم يجبه ، فنزل قوله تعالى : ﴿ الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾^(٥) . فدعاه رسول الله ﷺ ، فتلا عليه الآية وقال : « لا تنكحها »^(٦) . ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنى لم يأمَن أن تلحق

صحيح ، وهو المذهب . جزم به فى « المغنى » ، و « الشرح » . وقدمه فى « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغير » ، و « الفروع » . وعنه ، يُشترطُ توبته . ذكره ابن الجوزى عن أصحابنا .

(١) سورة النور ٣ .

(٢) فى الأصل : « بانت » .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ذكر التوبة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٤٢٠/٢ .

(٤) الحوبة : الإثم .

والحديث أخرجه أبو نعيم ، فى : حلية الأولياء ٢٧٠/١ .

(٥) سورة النور ٣ .

(٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قوله تعالى : ﴿ الزانى لا ينكح إلا زانية ﴾ من كتاب النكاح . سنن أبى

داود ٤٧٣/١ . والترمذى ، فى : باب ومن سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٤٢/١٢

— ٤٤ . والنسائى ، فى : باب تزويج الزانية ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٤/٦ ، ٥٥ . وصححه فى الإرواء

٢٩٦/٦ ، ٢٩٧ .

به وَلَدًا مِنْ غَيْرِهِ ، وَتُفْسِدَ فِرَاشَهُ . فَأَمَّا حَدِيثُ عُمَرَ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ اسْتَتَابَهُمَا ، وَحَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ لَيْسَ فِيهِ بَيَانٌ ، وَلَا تَعَرُّضٌ لَهُ بِمَحَلِّ التَّزَاوُعِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَعِدَّةُ الزَّانِيَةِ كَعِدَّةِ الْمُطَلَّاقَةِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبْرَأَ لِحُرَّةٍ ، [١٢٠/٦] أَشْبَهَ عِدَّةَ الْمُوطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ . وَحَكَى ابْنُ أَبِي مُوسَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ نِكَاحٍ وَلَا شُبْهَةِ نِكَاحٍ ، فَأَشْبَهَ اسْتِبْرَاءَ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا عَتَقَتْ . وَأَمَّا التَّوْبَةُ ، فَهِيَ الْاسْتِغْفَارُ وَالنَّدَمُ وَالْإِفْلَاحُ عَنِ الذَّنْبِ ، كَالْتَّوْبَةِ مِنْ سَائِرِ الذُّنُوبِ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّهُ قِيلَ لَهُ : كَيْفَ تُعْرِفُ تَوْبَتَهَا ؟ قَالَ : يُرِيدُهَا عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ طَاوَعْتَهُ فَلَمْ تَتَّبِعْ ، وَإِنْ أَبَتْ فَقَدْ تَابَتْ . فَصَارَ أَحْمَدُ إِلَى قَوْلِ ابْنِ عُمَرَ اتِّبَاعًا لَهُ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي لِمُسْلِمٍ أَنْ يَدْعُوَ امْرَأَةً إِلَى الزَّنى ، وَيَطْلُبَهُ مِنْهَا ، فَإِنْ طَلَبَهُ مِنْهَا إِنَّمَا يَكُونُ فِي خَلْوَةٍ ،^(٢) وَلَا تَحِلُّ الْخَلْوَةُ^(٣) بِأَجْنَبِيَّةٍ وَلَوْ كَانَ فِي تَعْلِيمِهَا الْقُرْآنَ ، فَكَيْفَ تَحِلُّ^(٤) فِي مُرَاوَدِهَا عَلَى الزَّنى ! ثُمَّ^(٥) لَا يَأْمَنُ إِنْ أَجَابَتْهُ إِلَى ذَلِكَ أَنْ تَعُودَ إِلَى الْمَعْصِيَةِ ، فَلَا

فَوَائِدُ ؛ الْأَوَّلَى ، تَوْبَةُ الزَّانِيَةِ ، أَنْ تُرَاوَدَ عَلَى الزَّنى فَتَمْتَنِعَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْإِنصَافِ الْمَذْهَبِ . [٢٤/٣] نَصَّ عَلَيْهِ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَنَصَرَهُ ابْنُ رَجَبٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

(١) فِي : الْمَغْنَى ٥٦٤/٩ .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

يَحِلُّ التَّعَرُّضُ لِمِثْلِ هَذَا ، وَلَأَنَّ التَّوْبَةَ مِنْ سَائِرِ الذُّنُوبِ ، فِي حَقِّ سَائِرِ النَّاسِ ، بِالنِّسْبَةِ إِلَى سَائِرِ الْأَحْكَامِ ، عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ ، «فَكَذَلِكَ هَذَا»^(١) .

الشرح الكبير

فصل : وإذا وُجِدَ الشَّرْطَانِ حَلِّ نِكَاحِهَا لِلزَّانِي وَغَيْرِهِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو بَكْرٍ ، وَعَمْرٌ ، وَابْنُهُ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَجَابِرٌ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَ^(٢) رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَالْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ ، وَعَائِشَةَ ، أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لِلزَّانِي بِحَالٍ ، قَالُوا : لَا يَزَالَانِ زَانِيَيْنِ مَا اجْتَمَعَا ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ وَالْخَبَرِ^(٣) . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُمْ أَرَادُوا بِذَلِكَ مَا كَانَ قَبْلَ التَّوْبَةِ ، أَوْ قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، فَيَكُونُ كَقَوْلِنَا . فَأَمَّا تَحْرِيمُهَا عَلَى الْإِطْلَاقِ فَلَا يَصِحُّ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾^(٤) . وَلِأَنَّهَا مُحَلَّلَةٌ لَغَيْرِ الزَّانِي ، فَحَلَّتْ لَهُ ، كغَيْرِهَا .

الإيناف

وقيل : تَوَبَّتْهَا كَتُوبَةٍ غَيْرِهَا ، مِنْ التَّدَمِّ وَالِاسْتِغْفَارِ ، وَالْعَزْمِ عَلَى أَنْ لَا تَعُودَ . وَاخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . الثَّانِيَةُ ، لَوْ وَطِئَ بِشُبْهَةٍ أَوْ زَنَى ، لَمْ يَجْزُ فِي الْعِدَّةِ نِكَاحُ أُخْتِهَا ، وَلَا يَطُؤُهَا إِنْ كَانَتْ زَوْجَتَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَفِي جَوَازِ وَطْءِ أَرْبَعٍ غَيْرِهَا وَالْقَعْدِ عَلَيْهِنَّ وَجْهَانِ .

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « وقد » .

(٣) أخرجه سعيد ، في : سننه ٢٢٥/١ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٢٥١/٤ . كما أخرجه عن ابن مسعود وعائشة ، عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٠٥/٧ ، ٢٠٦ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٥٦/٧ ، ١٥٧ .

(٤) سورة النساء ٢٤ .

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ زَنَتِ امْرَأَةٌ رَجُلًا ، أَوْ زَنَى زَوْجُهَا ، لَمْ يَنْفَسَخِ النِّكَاحُ ، سِوَاءَ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ عَطَاءٌ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا زَنَتْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَيْسَ لَهَا شَيْءٌ . وَكَذَلِكَ رُوِيَ عَنِ الْحَسَنِ . وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ رَجُلٍ وَامْرَأَتِهِ ، زَنَى قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا^(١) . وَاحْتِجَّ لَهُمْ بِأَنَّهُ لَوْ قَذَفَهَا وَلَاعَنَهَا بَانَتْ مِنْهُ ؛ لِتَحَقُّقِهِ الزَّنى عَلَيْهَا ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الزَّنى يُبَيِّنُهَا . وَلَنَا ، أَنَّ دَعْوَاهُ الزَّنى عَلَيْهَا لَا يُبَيِّنُهَا ، وَلَوْ كَانَ النِّكَاحُ يَنْفَسَخُ بِهِ لَا يَنْفَسَخُ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ ، كَالرِّضَاعِ ، وَلِأَنَّهَا مَعْصِيَةٌ لَا تُخْرِجُ عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَأَشْبَهَتْ السَّرِقَةَ ، فَأَمَّا اللَّعَانُ فَإِنَّهُ يَقْتَضِي الْفَسْخَ بِدُونِ الزَّنى ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا إِذَا لَاعَنَتْهُ

وَأُطْلَقَ هُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ الصُّغْرَى » ، وَ « الْحَاوِي » ، وَ « الرُّعَايَةِ الْكُبْرَى » فِي مَوْضِعٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ . وَهُوَ الصَّحِيحُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الْخِلَافِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْصَارِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَاخْتَارَهُ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَجُوزُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرُّعَايَةِ » ، فِي مَكَانٍ آخَرَ . وَهُوَ احْتِمَالٌ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، فِي الْمَسَائِلَتَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « التَّعْلِيْقِ » : يُنْتَعَمُ مِنْ وَطْءِ الْأَرْبَعِ ، حَتَّى يُسْتَظْهَرَ بِالزَّانِيَةِ حَمْلٌ . وَاسْتَبْعَدَهُ الْمَجْدُ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّاسِعَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » : وَهُوَ كَمَا قَالَ الْمَجْدُ ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ هُنَا لِأَجْلِ الْجَمْعِ بَيْنَ خَمْسٍ ، فَيَكْفِي فِيهِ أَنْ يُمَسِكَ

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٥٦/٧ .

فقد قابَلَتْه ، فلم يَثْبُتْ زناها ، ولذلك أَوْجَبَ النَّبِيُّ ﷺ الْحَدَّ عَلَى مَنْ قَذَفَهَا ، وَالْفَسْخُ وَقَعَ ، وَلَكِنْ أَحْمَدُ اسْتَحَبَّ لِلزَّوْجِ مُفَارَقَةَ امْرَأَتِهِ إِذَا زَنَتْ ، وَقَالَ : لَا أَرَى أَنْ يُمْسِكَ مِثْلَ هَذِهِ ؛ لِأَنَّهُ [١٢٠/٦ ط] لَا يُؤْمَنُ أَنْ تُفْسِدَ فِرَاشَهُ ، وَتُلْحِقَ بِهِ وَلَدًا لَيْسَ مِنْهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَعَلَّ مَنْ كَرِهَ هَذِهِ الْمَرْأَةَ إِنَّمَا كَرِهَهَا عَلَى غَيْرِ وَجْهِ التَّحْرِيمِ ، فَيَكُونُ مِثْلَ قَوْلِ أَحْمَدَ . وَلَا يَطْوُهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا بِثَلَاثِ حَيْضٍ ؛ لِمَا رَوَى رُوَيْفَعُ بْنُ ثَابِتٍ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ (يَوْمَ حُتَيْنٍ) : « لَا يَحِلُّ لَامْرَأَةٍ أَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ (١) يَسْقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ » . يَعْنِي إِيْتَانِ الْحَبَالَى . وَلِأَنَّهَا رُبَّمَا تَأْتِي بِوَلَدٍ مِنَ الزَّانِي فَيَنْسَبُ إِلَيْهِ . وَالْأَوَّلَى أَنَّهُ يَكْفِي اسْتِبْرَآؤُهَا (٢) بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّهَا تَكْفِي فِي اسْتِبْرَاءِ الْإِمَاءِ ، وَفِي أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا عَتَقَتْ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا أَوْ بِإِعْتَاقِهِ ، فَكَفَى هُنَا ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مُجَرَّدَ الْاسْتِبْرَاءِ ، وَقَدْ حَصَلَ بِحَيْضَةٍ ، فَانْتَفَى بِهَا .

عَنْ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ حَتَّى يَسْتَبْرِئَ . وَصَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » . وَيَأْتِي فِي نِكَاحِ الْكُفَّارِ ، لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسَوَةٍ ، فَاخْتَارَ أَرْبَعًا ، هَلْ يَعْتَرِلُ الْمُخْتَارَاتِ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّةَ الْمُفَارَقَاتِ ، أَمْ لَا ؟ الثَّلَاثَةُ ، يَجُوزُ فِي مُدَّةِ اسْتِبْرَاءِ الْعَتِيقَةِ نِكَاحُ أَرْبَعٍ سِوَاهَا . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ، وَابْنُ الْمُنَيِّ . وَنَصَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِهِ الصَّغِيرِ » ، كَمَا قَبْلَ الْعِتْقِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَزَادَ الْأَمَّةَ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . التَّرْزَمَةُ الْقَاضِي فِي « التَّغْلِيْقِ » فِي

(١ - ١) فِي م : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا .

وَالْحَدِيثُ تَقْدِمَ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٣٣٦ .

(٢) فِي م : « أَنْ يَسْتَبْرِئَ » .

فصل : إذا عَلِمَ الرجلُ مِنْ أُمَّتِهِ الْفُجُورَ ، فقال أَحَدُ : لا يَطْوَها ؛ لَعَلَّها^(١) تُلْحَقَ به ولدًا ليس منه . قال ابن مسعودٍ : أكرهُ أن أظأ أُمَّتِي وقد بَعْتُ^(٢) . وروى مالك^(٣) ، عن يَحْيَى بنِ سَعِيدٍ ، عن سَعِيدِ بنِ الْمُسَيَّبِ ، أَنَّهُ كان يَنْهَى أن يَطْأ الرجلُ أُمَّتَهُ وفي بَطْنِها ولدٌ جَنِينٌ لغيرِهِ . قال ابنُ عبدِ البرِّ^(٤) : هذا مُجْمَعٌ على تَحْرِيمِهِ . وكان ابنُ عباسٍ يُرَخِّصُ

مَوْضِعٍ ؛ قِياسًا على المَنعِ مِنْ تَزْوَاجِ أُخْتِها . الرَّابِعَةُ ، لو وُطِئَتِ امْرَأَةٌ بِشُبْهَةٍ ، حَرُمَ نِكَاحُها في الْعِدَّةِ لغيرِ الْوَاطِئِ ، بلا نِزاعٍ ، فلو خَالَفَ وفَعَلَ ، لم يَصَحِّ ، ويُباحُ له بعدَ انقِضاءِ الْعِدَّةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المَذْهَبِ ، وعليه الْأَصْحَابُ . وعنه ، إن نَكَحَ مُعْتَدَّةً مِنْ زَوْجِ بِنِكَاحِ فاسِدٍ ، ووطِئَ ، حَرُمَتْ عليه أَبَدًا . وأما لِلوَاطِئِ ؛ فَعنه ، تَحْرُمُ عليه إن كانت^(٥) قد لَزِمَتْها عِدَّةٌ مِنْ غيرِهِ ، وإلا أُبِيحَتْ . قال في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » : وهو أَصَحُّ^(٦) . قال في « الْفُرُوعِ » : وهى أَشْهَرُ . واختارَهُ ابنُ عَبْدِوسٍ في « تَذَكُّرَتِهِ » . وحزَمَ به في « الْمُنَوَّرِ » . قال الزَّرْكَشِيُّ في الْعِدَّةِ^(٧) : وعلى هذا الْأَصْحَابُ كَافَّةً ، ما عدا أبا محمدٍ . وعنه ، تُباحُ له مُطْلَقًا . ذَكَرَها الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، واختارَهُ

(١) بعده في م : « أن » .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يظأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٨ . وسعيد بن

منصور ، في : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٨ .

(٣) في : باب ما لا يجمع بينه من النساء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٢ .

(٤) في : التمهيد ١٨ / ٢٧٩ .

(٥) في الأصل ، ط : « كان » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « العدة » .

المقنع وَمُطَلَّقَتُهُ ثَلَاثًا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ، وَالْمُحْرِمَةُ حَتَّى تَحِلَّ .

الشرح الكبير في وَطْءِ الْأُمَةِ الْفَاجِرَةِ^(١) . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ . وَلَعَلَّ مَنْ كَرِهَ ذَلِكَ كَرِهَهُ قَبْلَ الْاِسْتِبْرَاءِ ، أَوْ^(٢) إِذَا لَمْ يُحَصِّنْهَا وَيَمْنَعَهَا مِنَ الْفُجُورِ ، وَمَنْ أَبَاحَهُ ، أَبَاحَهُ بَعْدَهُمَا ، فَيَكُونُ الْقَوْلَانِ مُتَّفِقَيْنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

٣١٥٢ - مسألة : (و) تَحْرُمُ (مُطَلَّقَتُهُ ثَلَاثًا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾^(٣) . بَعْدَ قَوْلِهِ : ﴿ أَلْطَلَّقْتُ مَرَّتَانِ ﴾^(٤) . وَسَنَذْكُرُ هَذَا فِي بَابِ الرَّجْعَةِ ، بِأَبْسَاطٍ مِنْ هَذَا ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٣١٥٣ - مسألة : (و) تَحْرُمُ (الْمُحْرِمَةُ حَتَّى تَحِلَّ) يَحْرُمُ نِكَاحُ الْمُحْرِمَةِ ، وَيَحْرُمُ عَلَى الْمُحْرِمِ أَنْ يَعْقِدَ النِّكَاحَ فِي حَالِ إِحْرَامِهِ ، فَإِنْ

الإِنصَافُ هو ، وَالْمُصَنِّفُ . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . فَيَكُونُ هَذَا الْمَذْهَبُ ، عَلَى مَا اضْطَلَجْنَاهُ فِي الْخُطْبَةِ ، لَكِنَّ الْأَصْحَابَ عَلَى خِلَافِهِ . وَعَنْهُ ، لَا تُبَاحُ لَهُ مُطَلَّقًا حَتَّى تَفْرَغَ عِدَّتُهَا . ذَكَرَهَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . قَالَ فِي « الْكَافِي » : ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ تَحْرِيمُهَا عَلَى الْوَاطِئِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ : وَهُوَ قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَفِي هَذَا الْقِيَاسِ نَظَرٌ . وَأُطْلِقَهُنَّ فِي

(١) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٠٨/٧ . وسعيد ابن منصور ، في : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٥٨/٢ ، ٥٩ .
(٢) سقط من : م .
(٣) سورة البقرة ٢٣٠ .
(٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمَةٍ نِكَاحُ كَافِرٍ بِحَالٍ ، وَلَا لِمُسْلِمٍ نِكَاحُ كَافِرَةٍ ،
إِلَّا حَرَائِرَ أَهْلِ الْكِتَابِ ،.....

الشرح الكبير

عَقَدَ أَحَدٌ نِكَاحًا مُحْرَمٍ أَوْ عَلَى مُحْرِمَةٍ ، أَوْ عَقَدَ الْمُحْرِمُ نِكَاحًا لِنَفْسِهِ أَوْ لغيرِهِ ، لَمْ يَصَحَّ ؛ لقولِ النبي ﷺ : « لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ ، وَلَا يُنْكَحُ ، وَلَا يَخْطُبُ » . رواه مسلم^(١) . وعنه ، أَنَّ عَقْدَ الْمُحْرِمِ النِّكَاحَ لغيرِهِ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ حَرَمٌ عَلَيْهِ ، لَكُونِهِ مِنْ دَوَاعِي الْوَطْءِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِكَوْنِهِ وَلِيًّا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِعُمُومِ الْخَبَرِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْحَجِّ ، وَذَكَرْنَا الْاِخْتِلَافَ فِيهَا .

٣١٥٤ - مسألة : (وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمَةٍ نِكَاحُ كَافِرٍ بِحَالٍ) لقولِ الله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾^(٢) . ولقوله سبحانه : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ ﴾^(٣) . وَلَا نَعْلَمُ خِلَافًا فِي ذَلِكَ .

٣١٥٥ - مسألة : (وَلَا) يَحِلُّ (لِمُسْلِمٍ) نِكَاحُ كَافِرَةٍ بِحَالٍ ، إِلَّا حَرَائِرَ أَهْلِ الْكِتَابِ (ليس بين أهل العلم ، بحمد الله ، اِخْتِلَافٌ فِي حِلِّ حَرَائِرِ^(٤) أَهْلِ الْكِتَابِ لِلْمُسْلِمِ ، وَمِمَّنْ رُوِيَ عَنْهُ ذَلِكَ ؛ عَمْرٌ ،

« الْفُرُوع » . وَيَأْتِي بَعْضُ ذَلِكَ فِي الْعِدَّةِ ، عِنْدَ قَوْلِهِ : وَإِنْ أَصَابَهَا بَشْبَهَةٌ .
قوله : وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ نِكَاحُ كَافِرَةٍ ، إِلَّا حَرَائِرَ أَهْلِ الْكِتَابِ . شَمِلَ

(١) تقدم تخريجه في ٣٢٥/٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٢١ .

(٣) سورة المتحنة ١٠ .

(٤) في م : نساء ٤ .

وعثمان ، وطلحة ، وحذيفة ، وسلمان ، وجابر ، وغيرهم . [٦ / ٢١١ و]
قال ابن المنذر : لا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرّم ذلك . وروى
الخلال بإسناده ، أن حذيفة ، وطلحة ، والجارود بن المعلّى ، وأذينة
العبدى ، تزوّجوا نساء من أهل الكتاب . وبه قال سائر أهل العلم ،
ولم ينقل تحريمه إلا عن الإماميّة ، تمسكاً بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا
الْمُشْرِكِينَ ﴾ . و : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ . ولنا ، قول
الله تعالى : ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ﴾ . إلى قوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ
مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (١) .
وإجماع الصحابة . فأما قوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾ .
فروى عن ابن عباس ، أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة . وكذلك
ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى ؛ لأنهما متقدمتان ، والآية التي
في المائدة متأخرة عنهما . وقال آخرون : ليس هذا نسخاً ، فإن لفظة

الإنصاف

مسألتين ؛ إحداهما ، حرائر أهل الكتاب ، وهما قسمان ؛ ذميّات ، وحرّيات ،
فالذميّات يُنحَن ، بلا نزاع في الجملة . وأمّا الحرّيات ، فالصحيح من المذهب
حلّ نكاحهنّ مطلقاً . جزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الوجيز » ،
وغيرهم . وقدمه في « الرعاية الصغرى » ، و « الفروع » . واختاره القاضي في
« المجرد » وغيره . وقيل : يحرم نكاح الحرّية مطلقاً . وقدمه في « الرعاية
الكبرى » . وأطلقهما في « البلغة » ، و « المحرر » ، و « الحاوى الصغير » .
وقيل : يجوز في دار الإسلام لا في دار الحرب ، وإن اضطرّ . وهو منصوص الإمام

(١) سورة المائدة ٥ .

المُشْرِكِينَ^(١) بِإِطْلَاقِهَا ، لَا تَتَنَاوَلُ أَهْلَ الْكِتَابِ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ^(٢) مُنْفَكِينَ^(٣)﴾ . وقال : ﴿إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ^(٤)﴾ . وقال : ﴿لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدُوًّا لِلَّذِينَ ءَامَنُوا^(٥)﴾ . وقال : ﴿مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ^(٦)﴾ . وسائر آي^(٧) القرآنِ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا^(٨) ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ لَفْظَةَ الْمُشْرِكِينَ بِإِطْلَاقِهَا لَا تَتَنَاوَلُ أَهْلَ الْكِتَابِ خَاصَّةً^(٩) ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَقَتَادَةَ ، وَلَأَنَّ مَا اخْتَجَّوْا بِهِ عَامٌّ فِي كُلِّ كَافِرَةٍ^(١٠) ، «وَأَيُّنَا خَاصَّةً^(١١) فِي حِلٍّ^(١٢) نَسَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، وَالْخَاصُّ يَجِبُ

أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي غَيْرِ رِوَايَةٍ ، وَاخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ . وَقِيلَ : بِالْجَوَازِ فِي دَارِ الْحَرْبِ مَعَ الصَّرُورَةِ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : وَهُوَ اخْتِيَارُ طَائِفَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ أَيْضًا . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة البينة ١ .

(٣) سورة البينة ٦ .

(٤) سورة المائدة ٨٢ .

(٥) سورة البقرة ١٠٥ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « بينهم » .

(٨) سقط من : م .

(٩) في النسختين : « كافر » . والثبت من المغنى ٥٤٦/٩ .

(١٠ - ١١) في م : « وما بينا خاص » .

(١١) في الأصل : « كل » .

تَقْدِيمُهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالْأَوَّلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ كِتَابِيَّةً ؛ لِأَنَّ عَمَرَ قَالَ لِلَّذِينَ تَزَوَّجُوا نِسَاءً مِنْ^(١) أَهْلِ الْكِتَابِ : طَلَّقُوهُنَّ . فَفَعَلُوا إِلَّا حُدَيْفَةَ ، فَقَالَ لَهُ عَمَرُ : طَلَّقْهَا . قَالَ : أَتَشْهَدُ أَنَّهَا حَرَامٌ ؟ قَالَ : هِيَ جَمْرَةٌ^(٢) ، طَلَّقْهَا . قَالَ : تَشْهَدُ أَنَّهَا حَرَامٌ ؟ قَالَ : هِيَ جَمْرَةٌ^(٣) . قَالَ : قَدْ عَلِمْتُ أَنَّهَا جَمْرَةٌ^(٤) ، وَلَكِنَّهَا لِي حَلَالٌ . فَلَمَّا كَانَ بَعْدُ طَلَّقَهَا ، فَقِيلَ لَهُ : أَلَا طَلَّقْتَهَا حِينَ أَمَرَكَ عَمَرُ ؟ قَالَ : كَرِهْتُ أَنْ يَرَى النَّاسُ أَنِّي رَكِبْتُ أَمْرًا لَا يَنْبَغِي لِي^(٥) . وَلَأنَّهُ رُبَّمَا مَالَ إِلَيْهَا قَلْبُهُ^(٦) فَفَتَنَتْهُ ، وَرُبَّمَا كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ فَيَمِيلُ إِلَيْهَا .

فصل : وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم ، أهل التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا ﴾^(٧) . فَأَهْلُ التَّوْرَةِ الْيَهُودُ وَالسَّامِرَةُ ، وَأَهْلُ الْإِنْجِيلِ النَّصَارَى وَمَنْ وَاظَبَهُمْ مِنْ^(٨) الْإِفْرَنْجِ وَالْأَرْمَنِ ، وَغَيْرِهِمْ . وَأَمَّا الصَّابِيُّونَ فَاخْتَلَفَ فِيهِمُ السَّلَفُ كَثِيرًا ، فَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُمْ جِنْسٌ مِنَ النَّصَارَى .

فِي الْأَسِيرِ الْمَنْعُ . وَتَقَدَّمَ فِي أَوَائِلِ كِتَابِ النِّكَاحِ^(٩) : هَلْ يَتَزَوَّجُ بَدَارِ الْحَرْبِ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : حرة .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٧٨/٦ ، ٧٩ ، ١٧٦/٧ ، ١٧٧ . وانظر ما أخرجه سعيد ، في : سننه ١٩٣/١ ، ١٩٤ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ١٥٨/٤ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٧٢/٧ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سورة الأنعام ١٥٦ .

(٦ - ٦) سقط من : م .

(٧) تقدم في صفحة ٢٣ .

الشرح الكبير

وَنَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ ، وَعَلَّقَ الْقَوْلَ فِيهِمْ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ . وَعَنْ أَحْمَدَ قَالَ :
بَلَّغْنِي أَنَّهُمْ يَسْبُتُونَ ، فَهَؤُلَاءِ إِذَا يُشَبَّهُونَ الْيَهُودَ . وَالصَّحِيحُ فِيهِمْ أَنَّهُمْ
إِنْ^(١) كَانُوا يُوَافِقُونَ الْيَهُودَ أَوْ النَّصَارَى فِي أَصْلِ دِينِهِمْ ، وَيُخَالِفُونَهُمْ فِي
فُرُوعِهِ^(٢) ، فَهُمْ مِمَّنْ وَافَقُوهُ^(٣) ، وَإِنْ خَالَفُوهُمْ فِي أَصْلِ الدِّينِ ، فَلَيْسَ
هَمُّ مِنْهُمْ . فَأَمَّا مَنْ سِوَى هَؤُلَاءِ مِنَ الْكُفَّارِ ، مِثْلَ الْمُتَمَسِّكِ بِصُحُفِ
إِبْرَاهِيمَ وَشَيْثٍ ، [١٢١/٦ ظ] وَزُبُورِ دَاوُدَ ، فَلَيْسُوا بِأَهْلِ كِتَابٍ ، لَا تَحِلُّ
مُنَاكَحَتُهُمْ وَلَا ذِبَائِحُهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيهِ وَجْهًا
آخَرَ ، أَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ، تَحِلُّ ذِبَائِحُهُمْ ، وَنِكَاحُ نِسَائِهِمْ ، وَيُقْرَوْنَ
بِالْحِزْبَةِ ؛ لِأَنَّهُمْ تَمَسَّكُوا بِكِتَابٍ مِنْ كُتُبِ اللَّهِ ، فَأَشَبَّهُوا الْيَهُودَ
وَالنَّصَارَى .^(٤) وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ
عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قِبَلِنَا ﴾ . وَلَأَنَّ تِلْكَ الْكُتُبُ كَانَتْ مَوَاعِظَ وَأَمْثَالًا ،
﴿ لَا أَحْكَامَ فِيهَا ﴾ ، فَلَمْ يُثَبِّتْ لَهَا حُكْمُ الْكُتُبِ الْمُشْتَمِلَةِ عَلَى الْأَحْكَامِ^(٥) .

لِلضَّرُورَةِ ، أَمْ لَا ؟ وَقَالَ نَازِمُ « الْمُفْرَدَاتِ » : إِذَا كَانَتِ الْكَافِرَةُ أُمًّا حَرِيَّةً ،
[٢٤/٣ ظ] لَمْ يُنَّحَ نِكَاحُهَا . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، الْأَوَّلَى تَرْكُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ
الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » .
وَقِيلَ : يُكْرَهُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَقَالَ : هُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « فروعهم » .

(٣) في م : « وافقوهم » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) في م : « فيها أحكام » . والمثبت من المعنى ٥٤٧/٩ .

فصل : فَأَمَّا الْمَجُوسُ ، فليس لهم كتاب ، ولا تحِلُّ ذَبَائِحُهُمْ ، ولا نِكَاحُ نِسَائِهِمْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وهو قولُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ ، إِلَّا أَبَا ثَوْرٍ ، فَإِنَّهُ أَبَاحَ ذَلِكَ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ » ^(١) . ولأنَّهُ يُرَوَّى أَنَّ حُذَيْفَةَ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً ^(٢) . ولأنَّهُمْ يُقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ ، فَأَشْبَهُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى . ولنا ، قولُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ ﴾ ^(٣) . وقوله : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ ^(٤) . فخصَّ ^(٥) مِنْ ذَلِكَ أَهْلَ الْكِتَابِ ، فَمَنْ عَدَاهُمْ يَبْقَى عَلَى الْعُمُومِ ، ولم يَثْبُتْ أَنَّ لِلْمَجُوسِ كِتَابًا . وسُئِلَ أَحْمَدُ : أَيُصَحُّ ^(٦) أَنْ لِلْمَجُوسِ كِتَابًا ؟ فقال : هذا باطلٌ . واستعْظَمَهُ جَدًّا . ولو ثَبِتَ أَنَّ لَهُمْ كِتَابًا ، فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ

الْعُلَمَاءُ ، كَذَبَائِحَهُمْ بِلَا حَاجَةٍ . وَالْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ ، حَرَائِرُ غَيْرِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، فلا يَحِلُّ نِكَاحُهُنَّ مُطْلَقًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْكَافِي » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُغْنَى » وَغَيْرِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّ مَنْ دَانَ بِصُحُفٍ شَيْثٍ ، وَإِبْرَاهِيمَ ، وَالزُّبُورِ ، تَحِلُّ نِسَاؤُهُمْ ، وَيُقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ ^(٨) ،

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جِزْيَةِ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . الْمَوْطَأُ ٢٧٨/١ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٧٣/٧ ، وَقَالَ : فَهَذَا غَيْرُ ثَابِتٍ ، وَالْمَحْفُوظُ عَنْ حُذَيْفَةَ أَنَّهُ نَكَحَ يَهُودِيَّةً .

(٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢١ .

(٤) سُورَةُ الْمُتَحَنَّةِ ١٠ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « فَرِغْ مِنْ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) بَعْدَهُ فِي الْمَغْنَى ٥٤٨/٩ : « عَنْ عَلِيٍّ » . وَانْظُرْ مَا تَقْدُمُ فِي ٣٩٦/١٠ ، ٣٩٧ .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، ط : « الْحَرِيَّةِ » .

حُكِمَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَا يَثْبُتُ لغير^(١) أَهْلِ الْكِتَابَيْنِ . وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ » . دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ لَا^(٢) كِتَابَ
لَهُمْ ، وَإِنَّمَا أَرَادَ النَّبِيُّ ﷺ فِي حَقِّ دِمَائِهِمْ وَإِقْرَارِهِمْ بِالْجِزْيَةِ لَا غَيْرُ ،
وَذَلِكَ أَنَّهُمْ لَمَّا كَانَتْ لَهُمْ شُبْهَةٌ كِتَابٍ ، غُلِبَ ذَلِكَ فِي تَحْرِيمِ دِمَائِهِمْ ،
فِيَجِبُ أَنْ يُغْلَبَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ لِنِسَائِهِمْ وَذَبَائِحِهِمْ ، فَإِنَّا إِذَا غَلَبْنَا الشُّبْهَةَ
فِي التَّحْرِيمِ ، فَتَغْلِبُ الدَّلِيلَ الَّذِي عَارَضَتْهُ الشُّبْهَةُ فِي التَّحْرِيمِ أَوَّلَى ،
وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّ حُذِيفَةَ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً^(٣) ، وَضَعَفَ أَحْمَدُ رَوَايَةَ مَنْ رَوَى عَنْ
حُذِيفَةَ أَنَّهُ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً^(٤) ، وَقَالَ : أَبُو وائِلٍ يَقُولُ : تَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً .
وَهُوَ أَوثَقُ مِمَّنْ رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ : كَانَتْ
امْرَأَةٌ حُذِيفَةَ نَصْرَانِيَّةً . وَمَعَ^(٥) تَعَارُضِ الرُّوَايَاتِ لَا يَثْبُتُ حُكْمُ إِحْدَاهُنَّ
إِلَّا بِتَرْجِيحٍ ، وَلَوْ ثَبَتَ عَنْ حُذِيفَةَ ، لَمْ يَجْزِ الْاِحْتِجَاجُ بِهِ مَعَ مُخَالَفَةِ
الْكِتَابِ وَقَوْلِ سَائِرِ الْعُلَمَاءِ . وَأَمَّا إِقْرَارُهُمْ بِالْجِزْيَةِ ، فَلَأَنَّا غَلَبْنَا حُكْمَ
التَّحْرِيمِ^(٥) لَدِمَائِهِمْ ، فَيَجِبُ أَنْ يُغْلَبَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ^(٥) فِي ذَبَائِحِهِمْ
وَنِسَائِهِمْ .

(١) فِي م : « بغير » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَقَعَ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المقنع **فَإِنْ كَانَ أَحَدُ أَبْوَيْهَا غَيْرَ كِتَابِيٍّ ، أَوْ كَانَتْ مِنْ نِسَاءِ بَنِي تَغْلِبَ ، فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .**

الشرح الكبير

٣١٥٦ - مسألة : (فَإِنْ كَانَ أَحَدُ أَبْوَيْهَا غَيْرَ كِتَابِيٍّ ، أَوْ كَانَتْ مِنْ نِسَاءِ بَنِي تَغْلِبَ ، فَهَلْ تَحِلُّ) له ؟ (عَلَى رِوَايَتَيْنِ) إذا كَانَ أَحَدُ أَبْوَيْ الكَافِرَةِ كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ غَيْرَ كِتَابِيٍّ ، لَمْ يَحِلَّ نِكَاحُهَا ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . اخْتَارَهَا الْخَرَقِيُّ ، سَوَاءً كَانَ وَثْنِيًّا أَوْ مَجُوسِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ فِيمَا إِذَا كَانَ الْأَبُ غَيْرَ كِتَابِيٍّ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَنْتَسِبُ إِلَى أَبِيهِ ، وَيَشْرَفُ بِشَرَفِهِ ، وَيَنْتَسِبُ إِلَى قَبِيلَتِهِ ، وَإِنْ كَانَتِ الْأُمُّ . فَلَهُ فِيهِ قَوْلَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا غَيْرُ مُتَمَحِّصَةٍ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ أَبُوهَا وَثْنِيًّا ، [١٢٢/٦] وَلِأَنَّهَا مُتَوَلِّدَةٌ بَيْنَ مَنْ يَحِلُّ وَبَيْنَ (١) مَنْ لَا يَحِلُّ ، (فَلَمْ يَحِلَّ) (٢) ،

الإنصاف

قوله : فَإِنْ كَانَ أَحَدُ أَبْوَيْهَا غَيْرَ كِتَابِيٍّ ، فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَحِلُّ . وَهِيَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْخَرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ فِي « الشَّافِعِيِّ » ، وَ « الْمُقْنَعِ » ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَ « الْجَامِعِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ، وَأَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، وَالشَّيرَازِيُّ ، وَابْنُ الْبَنَّا ، وَالْمُصَنِّفُ فِي « الْكَافِي » ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَشْهُرُ تَحْرِيمُ مُنَاكَحَتِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَهَبِ » ،

(١) سقط من : م .

(٢-٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

كالسَّمْعِ^(١) والبُعْلِ . وفيه رواية ثانية ، أنها تحل بكل حال ؛ لدخولها في عموم الآية المبيحة ، ولأنها كتابية ، فأشبهت من أبواها كتابيان . وعلى هذا ، فالحكم في من أبواها غير كتابيين ، كالحكم في من أحد أبويها

الإنصاف

و « المستوعب » ، و « الوجيز » ، و « المنور » ، وغيرهم . وقدمه في « المعنى » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . والرواية الثانية ، تحل . ذكرها كثير من الأصحاب . وحكاها في « المعنى » احتمالاً . قال الزركشي : ولم أر عن الإمام أحمد بذلك نصاً . قلت : لا يلزم من عدم رؤيته أن لا يكون فيها نص ، فقد أثبتتها الثقات . وحكى ابن رزين رواية ثالثة ، إن كان أبواها كتابياً أبيحت^(٢) ، وإلا فلا . قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله : وهو خطأ .

تنبيهان ؛ أحدهما ، محل الخلاف فيما إذا كان أحد أبويها غير كتابي ، إذا اختارت هي دين أهل الكتاب . أمّا إن اختارت غيره ، فلا تباح ، قولاً واحداً . الثاني ، فعلى كلا الروايتين في أصل المسألة ، لو كان أبواها غير كتابيين واختارت هي دين أهل الكتاب ، فظاهر كلام المصنف هنا التحريم ، رواية واحدة . وهو المذهب . قدمه في « الفروع » . وقيل عنه : لا تحرم . وجزم به في « المعنى » ، و « الشرح » ، على الرواية الثانية . واختاره الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، اعتباراً بنفسه ، وقال : هو المنصوص عن الإمام أحمد ، رحمه الله ، في عامة أجوبته . قلت : وهو الصواب .

فائدتان ؛ إحداهما ، لا ينكح مجوسى كتابية . على الصحيح من المذهب .

(١) السمع : ولد الذئب من الضبع .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير غير كتابي ؛ لأنها إذا حرمت بكون أحد أبويها وثنيًا ، فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى . وعلى الرواية التي تقول : لا تحرم . فهو مُتَحَقِّقٌ وإن كان أبواها وثنيين ، اعتبارًا بحال نفسها دون أبويها .

فصل : فإن كانت من نساء بني تغلب ، ففيها أيضًا روايتان ؛ إحداهما ، تحل . وهي أصح ؛ لدخولها في قوله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ

الإِنصاف نص عليه . وقيل : بلى . وينكح كتابي مجوسية . على الصحيح من المذهب . وقيل : لا ينكحها . واختاره ابن عبدوس في « تذكيرته » . وأطلقهما في « المُحرَّر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » . الثانية ، لو ملك كتابي مجوسية ، فله وطؤها على الصحيح . قدمه في « الرعايتين » . وقيل : لا يجوز له ذلك .

قوله : أو كانت من نساء بني تغلب ، فهل تحل ؟ على روايتين . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « المُحرَّر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاويين » ، و « الخرقى » . ذكره أكثرهم في باب عقد الذمة ؛ إحداهما ، تحل . وهو المذهب بلاريب . صححه في « المغنى » ، و « الشرح » ، و « التّصحيح » . قال المصنّف ، تبعًا لإبراهيم الحربي : هذه الرواية آخر قوليّه . وهو ظاهر ما قطع به في « الوجيز » ، و « تذكيرة ابن عبدوس » . وقدمه في « الفروع » . والرواية الثانية ، لا تحل . قال الزركشي : هذه الرواية أشهر عند الأصحاب .

تنبيه : ظاهر كلام المصنّف ، أن نساء العرب ، من اليهود والنصارى ، غير بنى تغلب ، يحل نكاحهن . وهو صحيح ، وهو المذهب . جزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وقيل : حكمهن حكم نساء بني تغلب .

وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا نِكَاحُ أُمَةٍ كِتَابِيَّةٍ . وَعَنْهُ ، ^{المقنع} يَجُوزُ .

أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴿^(١)﴾ . وَهُمْ الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى . وَالثَّانِيَةُ ، تَحْرُمُ نِسَاءَ بَنِي تَغْلَبَ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ دُخُولَهُمْ فِي دِينِهِمْ قَبْلَ تَبْدِيلِ كِتَابِهِمْ .

فصل : وسائر الكفار غير أهل الكتاب ، كَمَنْ عَبْدًا مَا اسْتَحْسَنَ مِنَ الْأَصْنَامِ وَالْأَحْجَارِ وَالشَّجَرِ وَالْحَيَوَانِ ، فَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي تَحْرِيمِ نِسَائِهِمْ وَذَبَائِحِهِمْ ؛ وَذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْآيَتَيْنِ ، وَعَدَمِ الْمُعَارِضِ لَهَا . وَالْمُرْتَدَّةُ يَحْرُمُ نِكَاحُهَا عَلَى أَىِّ دِينٍ كَانَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهَا حُكْمُ أَهْلِ الدِّينِ الَّذِي انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ بِإِقْرَارِهَا عَلَيْهِ ، فَفِي حِلِّهَا أَوْلَى .

٣١٥٧ - مسألة : (وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا نِكَاحُ أُمَةٍ كِتَابِيَّةٍ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ) ظَاهِرُ مَذْهَبِ أَحْمَدَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ ، رَوَاهُ عَنْهُ جَمَاعَةٌ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَكْحُولٍ ، وَمَالِكٍ ،

جَزَمَ بِهِ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ، ^{الإنصاف} وَ«الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَتَقَدَّمَ قَرِيبًا مِنْ ذَلِكَ ، فِي بَابِ عَقْدِ الذَّمَّةِ ^(٢) .

قوله : [٢٥٠/٣] وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا نِكَاحُ أُمَةٍ كِتَابِيَّةٍ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ أَكْثَرَ مِنْ عَشْرِينَ

(١) سورة المائدة ٥ .

(٢) انظر ٣٩٦/١٠ .

والشافعي ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث ، وإسحاق . ورؤي ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، ومجاهد . وقال أبو ميسرة ، وأبو حنيفة : يجوز للمسلم نكاحها ؛ لأنها تحل بملك اليمين ، فحلت بالنكاح ، كالمسلمة . ونقل ذلك عن أحمد ، قال : لا بأس بتزويجها . إلا أن الخلال رد هذه الرواية وقال : إنما توقف أحمد فيها ، ولم ينفذ له قول ، ومذهبه أنها لا تحل ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتْيَتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾^(١) . فشرط في إباحة نكاحهن الإيمان ، ولم يوجد ، وتفرق المسلمة ؛ لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها ، لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة ، والكافرة تكون ملكا لكافر ، ويقر ملكه عليها ، ولدها مملوك لسيدها ، ولأنه « قد اعتورها » نقصان ؛ نقص الكفر والملك ، فإذا اجتمعا منع ، كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر^(٢) وعدم الكتاب ، لم يبح نكاحها . ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها ؛ لغوم ما ذكرنا من الدليل ، ولأن ما حرم على الحر تزويجه^(٣) من أجل دينه ، حرم على العبد ، كالمجوسية .

نفسا . قاله أبو بكر . وعنه ، يجوز . وردّها الخلال ، وقال : إنما توقف الإمام أحمد ، رحمه الله ، فيها ، ولم ينفذ له قول . وأطلقهما في « الهداية » ،

(١) سورة النساء ٢٥ .

(٢-٢) في م : « عقد اعتوره » .

(٣) في الأصل : « الملك » .

(٤) في م : « ذبحه » .

وَلَا يَجِلُّ لِحُرٍّ مُسْلِمٍ نِكَاحُ أُمَّةٍ مُسْلِمَةٍ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْمُنْعَى ، وَلَا يَجِدَ طَوْلًا لِنِكَاحِ حُرَّةٍ ، وَلَا ثَمَنَ أُمَّةٍ .

الشرح الكبير

٣١٥٨ - مسألة : (وَلَا يَجِلُّ لِحُرٍّ نِكَاحُ أُمَّةٍ مُسْلِمَةٍ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْمُنْعَى ، وَلَا يَجِدَ طَوْلًا لِنِكَاحِ حُرَّةٍ ، وَلَا [١٢٢/٦ ط] ثَمَنَ أُمَّةٍ) الكلام في هذه المسألة في فصلين ؛ أحدهما ، أنه يَجِلُّ له نِكَاحُ الأُمَّةِ المُسْلِمَةِ إذا وُجِدَ فيه الشَّرْطَانِ ؛ خَوْفُ الْمُنْعَى ، وَعَدَمُ الطَّوْلِ . وهذا قولُ عامةِ العلماءِ ، لَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِيهِ اخْتِلَافًا ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه : ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا ﴾ . الآية . والصَّبْرُ عنها مع ذلك خَيْرٌ وَأَفْضَلُ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ . الفصلُ الثَّانِي ، إذا عُدِمَ الشَّرْطَانِ أو أَحَدُهُمَا ، لم يَجِلَّ نِكَاحُهَا لِحُرٍّ . رَوَى ذَلِكَ ^(١) عَنْ جَابِرٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَمَكْحُولٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، ^(٢) وَإِسْحَاقُ . وَقَالَ مُجَاهِدٌ : مِمَّا وَسَّعَ اللَّهُ عَلَى هَذِهِ الْأُمَّةِ نِكَاحُ الْأُمَّةِ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى النِّكَاحِ لَا تَمْنَعُ النِّكَاحَ ، كَمَا يَمْنَعُهُ

الإِنصَافُ

و « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » .

قوله : وَلَا يَجِلُّ لِحُرٍّ مُسْلِمٍ نِكَاحُ أُمَّةٍ مُسْلِمَةٍ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْمُنْعَى ، وَلَا يَجِدَ طَوْلًا لِنِكَاحِ حُرَّةٍ ، وَلَا ثَمَنَ أُمَّةٍ . لَا يُبَاحُ لِلْحُرِّ الْمُسْلِمِ نِكَاحُ الْأُمَّةِ الْمُسْلِمَةِ إِلَّا بِوُجُودِ الشَّرْطَيْنِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير
وُجُودُ النِّكَاحِ ، كِنِكَاحِ الْأُخْتِ وَالْخَامِسَةِ . وَقَالَ قَتَادَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ :
إِذَا خَافَ الْعَنْتَ ، حُلَّ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَةِ ^(١) وَإِنْ وَجَدَ الطَّوْلَ ؛ لِأَنَّ إِبَاحَتَهَا
لِضَرُورَةِ خَوْفِ الْعَنْتِ ، وَقَدْ وَجِدَتْ ، وَلَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِنِكَاحِ الْأُمَةِ ^(٢) ،
فَأُشْبِهَ عَدَمَ الطَّوْلِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ
مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحِ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ
فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنْتَ
مِنْكُمْ ﴾ . فَشَرَطَ فِي نِكَاحِهَا عَدَمَ اسْتَطَاعَةِ الطَّوْلِ ، فَلَمْ يَجْزُ مَعَ
الاسْتَطَاعَةِ ، لِفَوَاتِ شَرْطِهِ ، وَكَالصَّوْمِ فِي كَفَّارَةِ الظُّهَارِ مَعَ اسْتَطَاعَةِ
الِإِعْتَاقِ . وَلَأَنَّ فِي تَزْوِيجِ الْأُمَةِ إِرْقَاقَ وَلَدِهِ مَعَ الْغِنَى عَنْهُ ، فَلَمْ يَجْزُ ،
كَأَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ . وَقِيَاسُهُمْ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ الْخَامِسَةِ وَالْأُخْتِ
إِنَّمَا حُرِّمَ لِأَجْلِ الْجَمْعِ ، وَبِالْقُدْرَةِ عَلَى الْجَمْعِ لَا يَصِيرُ جَامِعًا ، وَالْعِلَّةُ
هَهُنَا هُوَ الْغِنَى عَنْ إِرْقَاقِ وَلَدِهِ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِالْقُدْرَةِ عَلَى نِكَاحِ
الْحُرَّةِ . وَأَمَّا مَنْ يَجِدُ ^(٣) الطَّوْلَ وَيَخَافُ الْعَنْتَ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِكَوْنِهِ لَا
يَجِدُ إِلَّا حُرَّةً صَغِيرَةً أَوْ غَائِبَةً أَوْ مَرِيضَةً لَا يُمَكِّنُ وَطُوءَهَا ، أَوْ وَجَدَ مَالًا
وَلَمْ يُزَوِّجْ لِقُصُورِ نَسَبِهِ ، فَلَهُ نِكَاحُ الْأُمَةِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الْغَائِبَةِ .

الإِنصاف
به كثيرٌ منهم . وَقَالَ فِي « التَّبَصُّرَةِ » : لَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُسْلِمِ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ^(١)
الْمُسْلِمَاتِ ، وَلَوْ عُدِمَ الشَّرْطَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا . وَلَمْ يَذْكُرِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ،

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « لا يجد » .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعيِّ . وقال بعضهم : لا يجوزُ ؛ لَوْجَدَانِ الطَّوْلِ . ولنا ، أنَّه غيرُ مستطيعٍ للطَّوْلِ إلى حُرَّةٍ تُعَفِّه ، فأشبهه مَنْ لا يجدُ شيئاً ، ألا ترى أنَّ الله سبحانه نَزَلَ ابنَ السَّيِّلِ الذي له اليَسَارُ في بَلَدِهِ فَقِيرًا ؛ لَعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ في الحالِ . وإن كانت له حُرَّةٌ يَتِمَكَّنُ مِنْ وَطْئِهَا وَالْعِفَّةِ بها ، فليس بخائِفٍ لِلْعَنَتِ .

فصل : فإن قَدَرَ على شِراءِ أُمَةٍ تُعَفِّه ، فهو كما لو وَجَدَ طَوْلَ الحُرَّةِ ، لا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الأُمَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ صَيَانَهُ وَلَدَهُ عن الرِّقِّ ، فأشبهه القَادِرُ على طَوْلِ الحُرَّةِ ، وكذلك إن قَدَرَ على تَزْوِيجِ كِتَابِيَّةٍ تُعَفِّه . وهذا ظاهرُ

الإنصاف

غيرِ خَوْفِ العَنَتِ . وَحَبَلُ أَبُو يَعْلَى الصَّغِيرُ رَوَاةٌ مُهَنَّا على أَنَّ خَوْفَ العَنَتِ ليس بِشَرْطٍ في صِحَّةِ نِكَاحِ الأُمَةِ ، وإنَّما هو على سبيلِ الاختِيَارِ والاستِحْبَابِ . ويأتِي في البابِ الذي يَلِي هذا ، بعدَ قَوْلِهِ : وإن تَزَوَّجَ أُمَةٌ يَظُنُّهَا حُرَّةً هل يكونُ أَوْلَادُ الحُرِّ مِنَ الأُمَةِ أَرْقَاءً ، أم لا ؟ .

تنبيه : ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، مِنَ الشُّرَطَيْنِ ، أَنَّ لا يَجِدُ ثَمَنَ أُمَةٍ . وقاله كثيرٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم القاضي في « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الخطَّابِ في « الهدايةِ » ، والمجدُّ في « المُحرَّرِ » ، وصاحبُ « المذهبِ » ، و« مَسْبُوكُ الذَّهَبِ » ، و« المُسْتَوْعِبِ » ، و« الخُلَاصَةِ » ، و« النُّظْمِ » ، و« الشُّرَحِ » ، و« الحاوي الصَّغِيرِ » ، و« الوجيزِ » ، وغيرُهم . واختاره ابنُ عَبْدِوسٍ في « تَذَكُّرَتِهِ » . قال في « الرَّعَايَةِ » : وهو أَظْهَرُ . وظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ عَدَمُ اشْتِرَاطِهِ . وهو ظاهرُ إطلاقِ القاضي في « تَعْلِيْقِهِ » ، وطائفةٌ مِنَ الأصحابِ . وقَدَّمَهُ في « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و« الفُرُوعِ » . وَجَزَمَ بِهِ في « المُنَوَّرِ » . وقال في « البُلْغَةِ » ، و« التَّرْغِيبِ » : لو كان قَادِرًا على شِراءِ أُمَةٍ ، ففِي جَوَازِ نِكَاحِ

الشرح الكبير مذهب الشافعي ، وذكرُوا وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ ^(١) «يجوزُ له» ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ . وهذا غيرُ مستطیعٍ لذلك . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ ذَلِكَ لِمَنْ [١٢٣/٦] حَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ ﴾ . وهذا غيرُ خائفٍ له ، ولأنَّه قَدَرَ على صِيَانَةِ وَلَدِهِ مِنَ الرَّقِّ ، فلم يَجْزُ له إِرْقَاقُه ، كما لو قَدَرَ على نِكَاحِ مُؤْمِنَةٍ .

فصل : وَمَنْ كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ يُمَكِّنُ أَنْ يَسْتَعِفَّ بِهَا ، لَمْ يَجْزُ لَهُ نِكَاحُ أَمَةٍ ، لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمُسْلِمَةِ وَالْكِتَابِيَّةِ فِي ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ .

الإنصاف الأَمَةِ وَجْهَانِ .

فائدة : قال الزُّرْكَشِيُّ : فُسِّرَ الْعَنَتُ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى ، وَأَبُو الْحُسَيْنِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالشُّيرَازِيُّ ، وَأَبُو مُحَمَّدٍ ، بِالزُّنَى . وَكَذَا صَاحِبُ « الْمُسْتَوْعِبِ » . وَفُسِّرَ بِذَلِكَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَقَالَ : فَلَوْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى الصَّبْرِ ، لَكِنْ يُوَدِّي صَبْرَهُ ^(٢) إِلَى مَرَضٍ ، جَازَ لَهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ . وَفُسِّرَ الْمَجْدُ فِي « مُحَرَّرِهِ » ، وَصَاحِبُ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « تَذْكِرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍّ » ، وَغَيْرُهُمْ ، بِعَنَتِ الْعُرُوبَةِ ؛ إِمَّا لِحَاجَةِ الْمُتَعَةِ ، وَإِمَّا لِلحَاجَةِ إِلَى خِدْمَةِ الْمَرْأَةِ ؛ لِكِبَرِهِ أَوْ سَقَمِهِ أَوْ غَيْرِهِمَا ، وَقَالُوا : نَصَّ عَلَيْهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَلَمْ يَذْكُرْ جَمَاعَةُ الْخِدْمَةِ . وَأَدْخَلَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » الْخَصِيَّ

(١) - (١) فِي م : « لَا يَجُوزُ » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : ١ .

فصل : وَمَنْ لَمْ يَجِدْ طَوْلًا ، لَكِنْ وَجَدَ مَنْ يَقْرِضُهُ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي بَقَاءِ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ ، وَلِصَاحِبِهِ مُطَالَبَتُهُ ^(١) بِهِ فِي الْحَالِ . وَكَذَلِكَ إِنْ رَضِيََتِ الْحُرَّةُ بِتَأْخِيرِ صَدَاقِهَا ، أَوْ تَقْوِيضِ بَعْضِهَا ^(٢) ؛ لِأَنَّ لَهَا مُطَالَبَتَهُ ^(٣) بِقَرْضِهِ ^(٤) . وَكَذَلِكَ إِنْ بَذَلَ لَهُ بِإِذْنِ ^(٥) أَنْ يَزِنَهُ ^(٦) عَنْهُ ، أَوْ يَهَبَهُ إِيَّاهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ؛ لِمَا عَلَيْهِ مِنْ ضَرَرِ الْمِنَّةِ ، ^(٧) وَلَهُ فِي ذَلِكَ كُلُّهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ . فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَزُوْجُهُ إِلَّا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ، وَكَانَ قَادِرًا عَلَيْهِ ، وَلَا يُجْحِفُ بِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَجِدِ الْمَاءَ إِلَّا بِزِيَادَةٍ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ ، فَلَهُ التَّيْمُّ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا ﴾ . وَهَذَا مُسْتَطِيعٌ ، وَلِأَنَّهُ

وَالْمَجْبُوبُ ، إِذَا كَانَ لَهُ شَهْوَةٌ يُخَافُ مَعَهَا ^(٨) مِنَ التَّلَذُّذِ بِالْمُبَاشَرَةِ حَرَامًا ، وَهُوَ عَادِمٌ لِلطَّوْلِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَالْخَرَقِيُّ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » : وَلَا يَصِحُّ نِكَاحُ حُرٍّ مُسْلِمٍ غَيْرِ مَجْبُوبٍ أَمَةً مُسْلِمَةً إِلَّا بِشَرْطَيْنِ . تَنْبِيهِ : عُمُومُ قَوْلِهِ : وَلَا يَجِدُ طَوْلًا لِنِكَاحِ حُرَّةٍ . يَشْمَلُ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ ، وَالْكِتَابِيَّةَ . وَهُوَ كَذَلِكَ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَأُطْلِقَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، الْحُرَّةَ ، وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ،

(١-١) سقط من : م .

(٢) في النسختين : « بعضها » . وانظر المغنى ٥٥٧/٩ .

(٣) في م : « بقرضه » .

(٤) في الأصل : « بإذن » .

(٥) في الأصل : « يرثه » .

(٦-٦) في م : « في » .

(٧) في الأصل : « معها » .

قادرٌ على نِكَاحِ حُرَّةٍ بما لا يَضُرُّهُ ، فلم يَجْزُ له إِرْقَاقُ وَلَدِهِ ، كما لو كان بِمَهْرٍ مِثْلِهَا ، وما ذَكَرُوهُ مَمْنُوعٌ ، ثم إِنَّ هَذَا مُفَارِقٌ لِلتَّيْمَمِ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ التَّيْمَمَ رُخْصَةٌ عَامَّةٌ ، وَهَذَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ ، وَمَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ لَا ضَرُورَةَ . الثَّانِي ، أَنَّ التَّيْمَمَ يَتَكَرَّرُ ، فإِجَابُ شِرَائِهِ بِزِيَادَةٍ عَلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ يُفْضِي إِلَى الْإِجْحَافِ بِهِ ، وَهَذَا لَا^(١) يَتَكَرَّرُ ، فَلَا ضَرَرَ فِيهِ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ فَذَكَرَ أَنَّهُ مُعْسِرٌ ، وَأَنَّ الْمَالَ لغيرِهِ ، فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَمَا لو ادَّعَى مَخَافَةَ الْعَنْتِ . وَمَتَى تَزَوَّجَ الْأُمَّةَ ، ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهُ كَانَ مُوسِرًا حَالَ النِّكَاحِ ،

وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَفِي « الْإِنْتِصَارِ » ، اِحْتِمَالُ حُرَّةٍ مُؤَمَّنَةٍ لظَاهِرِ الْآيَةِ^(٢) . وَتَوَقَّفَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ حَرْبٍ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : فِي حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ وَجْهَانِ . وَيَشْمَلُ قَوْلُهُ : وَلَا ثَمَنَ أُمَةٍ . الْمُسْلِمَةَ وَالْكِتَابِيَّةَ . وَهُوَ صَحِيحٌ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَقَدْ أَطْلَقَ الْأُمَّةَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَصَاحِبُ « الْمَذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدِيُّ فِي « مُحَرَّرِهِ » ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ حَمْدَانَ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَيَّدَ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، الْأُمَّةَ بِالْإِسْلَامِ .

فوائد : الْأَوَّلَى ، وَجُودُ الطَّوْلِ ؛ هُوَ أَنْ يَمْلِكَ^(٣) مَالًا حَاضِرًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَفَسَّرَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، الطَّوْلَ بِالسَّعَةِ . قَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : عَدَمُ الطَّوْلِ ؛ أَنْ لَا يَجِدَ صَدَاقَ حُرَّةٍ . زَادَ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَلَا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النساء : ٢٥ .

(٣) في ١ : « لَا يَمْلِكُ » .

فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ؛ لَأَنَّهُ أَقَرَّ بِفَسَادِ نِكَاحِهِ . وَهَكَذَا إِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَخْشَى الْعَتَّةَ ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَصَدَّقَهُ السَّيِّدُ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فَلَهُ نِصْفُ الْمَهْرِ ؛ لَأَنَّهُ يَدَّعِي صِحَّةَ النِّكَاحِ ، وَالْأَصْلُ مَعَهُ . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَعَلَيْهِ الْمُسَمَّى جَمِيعُهُ . فَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَكْثَرَ مِنَ الْمُسَمَّى ، فَعَلَى قَوْلٍ مَنْ أَوْجَبَ مَهْرَ الْمِثْلِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، يَلْزَمُهُ مَهْرُ الْمِثْلِ ^(١) ؛ لِإِقْرَارِهِ بِهِ . وَإِنْ كَانَ الْمُسَمَّى أَكْثَرَ ، وَجَبَ ^(٢) لِلْسَّيِّدِ ، إِلَّا أَنْ ^(٣) يُصَدِّقَهُ فِيمَا قَالَ ، فَيَكُونُ لَهُ مِنَ ^(٣) مَهْرِ الْمِثْلِ ^(٣) مَا يَجِبُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ . وَهَلْ ذَلِكَ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرُ الْمِثْلِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

نَفَقَتَهَا . [٢٥٠/٣ ط] وَهُوَ أَوْلَى ، إِذَا عَلِمَ ذَلِكَ وَلَمْ يَمْلِكْ مَالًا حَاضِرًا ، وَوَجَدَ مَنْ يُقْرِضُهُ ، أَوْ رَضِيَتْ الْحُرَّةُ بِتَأْخِيرِ صَدَاقِهَا ، أَوْ بِدُونِ مَهْرِهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ ، وَجَازَ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَةِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُغْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَالْأَرْجَى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : إِنْ رَضِيَتْ بِتَأْخِيرِ صَدَاقِهَا ، أَوْ بِدُونِ مَهْرِهَا ، لَزِمَهُ . وَقِيلَ : إِنْ رَضِيَتْ بِدُونِ مَهْرٍ مِثْلِهَا ، لَزِمَهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَلَوْ وَهَبَ لَهُ الصَّدَاقُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ . الثَّانِيَةُ ، قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَتَبِعَهُ الشَّارِحُ : وَذَلِكَ بِشَرْطِ أَنْ لَا يُجْحَفَ بِمَالِهِ ، فَإِنْ أَجْحَفَ بِمَالِهِ ، جَازَ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَةِ ، وَلَوْ كَانَ قَادِرًا عَلَى نِكَاحِ الْحُرَّةِ بِهَذِهِ الصِّفَةِ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : مَا لَمْ يُعَدَّ سَرَفًا . الثَّلَاثَةُ ، لَوْ وَجَدَ حُرَّةً لَا تُوطَأُ لِصِغَرِهَا ، أَوْ كَانَتْ زَوْجَتَهُ غَائِبَةً ، جَازَ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي

(١) سقط من : م .

(٢-٢) في م : « وللسيد أن لا » .

(٣-٣) في م : « المهر » .

المقنع وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً ، فَهَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأُمَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

٣١٥٩ - مسألة : (وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً ، فَهَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأُمَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) أَمَّا إِذَا أَيْسَرَ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْأُمَةِ . وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَفِيهِ رِوَايَةٌ ، أَنَّهُ يَفْسُدُ نِكَاحُ الْأُمَةِ . وَهُوَ قَوْلُ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُبِيحَ لِلْحَاجَةِ ، فَإِذَا زَالَتِ الْحَاجَةُ ، لَمْ يَجْزِ اسْتِدَامَتُهُ ، كَمَنْ أُبِيحَ لَهُ أَكْلُ الْمَيْتَةِ لِلضَّرُورَةِ ، فَإِذَا وَجَدَ الْحَلَالَ لَمْ يَسْتَدِمِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ فَقْدَ الطَّوْلِ أَحَدُ شَرْطَيْ إِبَاحَةِ [١٢٣/٦ ط] نِكَاحِ الْأُمَةِ ، فَلَمْ تُعْتَبَرِ اسْتِدَامَتُهُ ،

الشرح الكبير

الإِنصاف « الرَّعَايَةُ » ، فِي الزَّوْجَةِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَهُوَ اخْتِمَالٌ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَيْسَ لِحُرٍّ تَحْتَهُ حُرَّةٌ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أُمَةٌ ، لَا أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، وَلِلْعَبْدِ الَّذِي تَحْتَهُ حُرَّةٌ أَنْ يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أُمَةٌ ، قَوْلًا وَاحِدًا . وَلَوْ كَانَتْ زَوْجَتُهُ مَرِيضَةً ، جَازَ لَهُ أَيْضًا نِكَاحُ الْأُمَةِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وَذَكَرَ فِي « التَّرْغِيبِ » وَجْهَيْنِ . الرَّابِعَةُ ، قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » : نِكَاحُ^(١) مَنْ بَعْضُهَا حُرٌّ أَوَّلَى مِنْ نِكَاحِ الْأُمَةِ ؛ لِأَنَّ إِرْقَاقَ بَعْضِ الْوَلَدِ أَوَّلَى مِنْ إِرْقَاقِ جَمِيعِهِ .

قوله : وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً ، فَهَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأُمَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِيهِمَا ، فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْحَاوِيِ »

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

كَخَوْفِ الْعَنْتِ ، وَيُفَارِقُ أَكْلَ الْمَيْتَةِ ، فَإِنَّ أَكْلَهَا بَعْدَ الْقَدَرَةِ ابْتِدَاءٌ
لِلْأَكْلِ ، وَهَذَا لَا يَتَّبِعُ النِّكَاحَ ، إِنَّمَا يَسْتَدِيمُهُ ، وَالْاِسْتِدَامَةُ لِلنِّكَاحِ
تُخَالِفُ ابْتِدَاءَهُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْعِدَّةَ وَالرِّدَّةَ وَأَمْنِ الْعَنْتِ يَمْنَعْنَ ابْتِدَاءَهُ دُونَ
اِسْتِدَامَتِهِ .

فصل : فَإِنْ تَزَوَّجَ عَلَى الْأَمَةِ حُرَّةً ، صَحَّ . وَفِي بُطْلَانِ نِكَاحِ الْأَمَةِ
رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَبْطُلُ . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٍ ،
وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرَوَى مَعْنَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ . وَالثَّانِيَةُ ، يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْأَمَةِ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَمَسْرُوقٍ ،

الإنصاف

الصَّغِيرِ ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، فِي
الْآخِرَةِ . إِذَا تَزَوَّجَ الْأَمَةُ ، وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ ، لَمْ يَبْطُلْ نِكَاحُ الْأَمَةِ . عَلَى
الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ : هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ الْمَنْصُوصُ الْمَجْزُومُ بِهِ
عِنْدَ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ . انْتَهَى . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ،
وَالْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَقَالَا : هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ . وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ
« الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَبْطُلُ . وَخَرَّجَهَا
الْقَاضِي وَغَيْرُهُ مِنْ رِوَايَةِ صِحَّةِ نِكَاحِ الْحُرَّةِ عَلَى الْأَمَةِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي
« تَذْكِرَتِهِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَإِذَا نَكَحَ حُرَّةً عَلَى أَمَةٍ ، لَمْ يَبْطُلْ نِكَاحُ
الْأَمَةِ أَيْضًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ،
وَ « النَّظْمِ » ، وَابْنُ رَجَبٍ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّاسِعَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي
« الْوَجِيزِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذْكِرَتِهِ » . وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَبْطُلُ .
قَدَّمَهَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَجَزَمَ بِهِ نَازِمُ الْمُفْرَدَاتِ . وَهُوَ مِنْهَا . وَقَالَ فِي
« الْمُتَخَبِّ » : يَكُونُ ذَلِكَ طَلَاقًا فِيهِمَا ، لَا فُسْخًا . وَنَقَلَهُ ابْنُ مَنْصُورٍ ، فِيمَا إِذَا

المقنع وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً أَوْ أُمَةً فَلَمْ تُعَفِّهِ ، وَلَمْ يَجِدْ طَوْلًا لِحُرَّةٍ

الشرح الكبير

وإسحاق ، والمُزْنِيُّ . وَوَجَّهَ الرَّوَايَتَيْنِ (١) مَا تَقَدَّمَ^(١) فِي الْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا .
وَقَالَ النَّخَعِيُّ : إِنْ كَانَ لَهُ مِنَ الْأُمَةِ وَلَدٌ ، لَمْ يُفَارِقْهَا ، وَإِلَّا فَارَقَهَا . وَلَا
يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ مُبْطَلًا لِلنِّكَاحِ فِي غَيْرِ ذَاتِ الْوَلَدِ ، أَبْطَلَهُ فِي ذَاتِ الْوَلَدِ ،
كَسَائِرِ مُبْطَلَاتِهِ ، وَلِأَنَّ وَلَدَهُ مِنْهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ . وَقَدْ
اسْتَدِلَّ عَلَى بَقَاءِ النِّكَاحِ بِمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ، كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ، أَنَّهُ قَالَ :
إِذَا تَزَوَّجَ الْحُرَّةُ عَلَى الْأُمَةِ ، فَسَمَ لِلْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ ، وَلِلْأُمَةِ لَيْلَةً^(٢) . وَلِأَنَّهُ
لَوْ بَطُلَ بَيْنَكَاحِ الْحُرَّةِ لِبَطْلٍ بِالْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْمُبْدَلِ
كَاسْتِعْمَالِهِ ، بِدَلِيلِ الْمَاءِ مَعَ التُّرَابِ .

٣١٦٠ - مسألة : (وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً أَوْ أُمَةً فَلَمْ تُعَفِّهِ ، وَلَمْ يَجِدْ طَوْلًا

الإنصاف

تَزَوَّجَ حُرَّةً عَلَى أُمَةٍ ، يَكُونُ طَلَاقًا لِلْأُمَةِ ؛ لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُمَا .

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ ، أَنَّهُ لَوْ زَالَ خَوْفُ
الْعَنْتِ ، لَا يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأُمَةِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ » . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ،
و « الْبُلْغَةِ » : حُكْمُهُ حُكْمُ مَا إِذَا أُيْسِرَ ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً . عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَقَالَ فِي
« الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ » .

قوله : وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً أَوْ أُمَةً فَلَمْ تُعَفِّهِ ، وَلَمْ يَجِدْ طَوْلًا لِحُرَّةٍ أُخْرَى ، فَهَلْ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه الدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٢٨٥/٣ .

أُخْرَى ، فَهَلْ لَهُ نِكَاحُ أُمَّةٍ أُخْرَى ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

لِحُرَّةٍ أُخْرَى ، فَهَلْ لَهُ نِكَاحُ أُمَّةٍ أُخْرَى ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ (اِخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي إِبَاحَةِ أَكْثَرِ مِنْ أُمَّةٍ إِذَا لَمْ تُعَفَّ ، فَعَنَهُ أَنَّهُ قَالَ : إِذَا خَشِيَ الْعَنْتَ تَزَوُّجَ أَرْبَعًا ، إِذَا لَمْ يَصْبِرْ كَيْفَ يَصْنَعُ ؟ وَهَذَا قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَالْحَارِثِ الْعُكْلِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنَهُ أَنَّهُ قَالَ : لَا يُعْجِزُنِي أَنْ يَتَزَوَّجَ إِلَّا أُمَّةً وَاحِدَةً . يَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : الْحُرُّ لَا يَتَزَوَّجُ مِنَ الْإِمَاءِ إِلَّا وَاحِدَةً . وَقَرَأَ : ﴿ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنْتَ مِنْكُمْ ﴾ ^(١) . وَبِهِ قَالَ قَتَادَةُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ ^(٢) مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ يُمَكِّنُهُ وَطُؤُهَا لَا يَخَافُ الْعَنْتَ . وَوَجْهُ الْأَوَّلَى قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا ﴾ الْآيَةُ . وَهَذَا دَاخِلٌ فِي عُمُومِهَا . وَلِأَنَّهُ عَادِمٌ

الإنصاف

لَهُ نِكَاحُ أُمَّةٍ أُخْرَى ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . إِذَا تَزَوَّجَ حُرَّةً فَلَمْ تُعَفَّ ، فَأُطْلِقَ الْمُصَنِّفُ فِي جَوَازِ نِكَاحِ أُمَّةٍ عَلَيْهَا الرِّوَايَتَيْنِ . وَأُطْلَقَهُمَا فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الْمَذْهَبِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَ فِيهِ الشَّرْطَانِ قَائِمَيْنِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . صَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَغَيْرِهِمَا . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « الْمُنتَخَبِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ،

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في نكاح إماء المسلمين ، وباب لا تنكح أمة على أمة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٣ ، ١٧٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب من رخص للحر أن يتزوج الأمة ، كم يجمع منهن ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٧ .

(٢) في م : « كان » .

الشرح الكبير للَطُولِ ، خَائِفٌ لِلْعَنْتِ ، فجازَ له نِكَاحُ أُمَةٍ ، كالأُولَى . وقولُهم : لا يَخْشَى الْعَنْتَ . قُلْنَا : الكلامُ في مَنْ يَخْشَاهُ^(١) . وقولُ ابنِ عباسٍ يُحْمَلُ على مَنْ لم يَخْشَ الْعَنْتَ ، وكذلك الرِّوَايَةُ الأُخْرَى عن أحمدَ . فإن كانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ لم تُعَفَّه ، ففيها الرِّوَايَتَانِ أيضًا ، مثلَ نِكَاحِ الأُمَةِ ، ذَكَرَها أبو الخطَّابِ ، إذا لم تُعَفَّه الأُمَةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فإن كانتِ الحُرَّةُ^(٢) تُعَفَّه ،^(٣) أو كانَ تَحْتَهُ أُمَةٌ تُعَفَّه^(٤) ، فلا خِلَافَ في تَحْرِيمِ نِكَاحِ الأُمَةِ الأُخْرَى .

الإنصاف وغيرهم . والرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لا يَجُوزُ . قَطَعَ به ابنُ أبي مُوسَى وغيرُهُ . فعلى المذهبِ ، لو جَمَعَ بَيْنَهُمَا في عَقْدٍ واحدٍ ، صَحَّ ، وعلى الثَّانِيَةِ ، لا يَصِحُّ . ونَقَلَ ابنُ مَنْصُورٍ ، يَصِحُّ نِكَاحُ الحُرَّةِ عليها . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ : تَحَرَّرَ لأَصْحَابُنَا في تَزْوِيجِ [٢٦/٣] الأُمَةِ على الحُرَّةِ ثَلَاثَ طُرُقٍ ؛ أَحَدُها ، المَنْعُ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . ذَكَرَها ابنُ أبي مُوسَى ، والقاضِي ، وابنُ عَقِيلٍ وغيرُهُمْ . قال القاضِي : هذا إذا كانَ يُمَكِّنُهُ وَطءُ الحُرَّةِ ، فإن لم يُمَكِّنْهُ ، جازَ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ : وهذه الطَّرِيقَةُ هِيَ عِنْدِي مَذْهَبُ الإمامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، وعليها يَدُلُّ كَلَامُهُ . الطَّرِيقُ الثَّانِي ، إذا لم تُعَفَّه ، فيه رِوَايَتَانِ . وهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي الخطَّابِ ، وَمَنْ حَدَّثَنا حَذَوَهُ . الطَّرِيقُ الثَّلَاثُ ، في الجَمْعِ رِوَايَتَانِ . كما ذَكَرَ المَجْدُ . انتهى . وقال في الفَائِدَةِ الأَخِيرَةِ مِنَ « الْقَوَاعِدِ » : لو تَزَوَّجَ حُرٌّ ، خَائِفُ الْعَنْتِ غيرُ واجِدٍ للَطُولِ ، حُرَّةٌ تُعَفَّه بَانْفِرَادِها ، وَأُمَةٌ في عَقْدٍ واحدٍ ، صَحَّ نِكَاحُ الحُرَّةِ وحَدَّها . وهو ظاهرُ كلامِ القاضِي في « المُجَرَّدِ » . وهو أَصَحُّ . وقيل : يَصِحُّ جَمْعُهُمَا .

(١) بعده في المغنى ٥٦٠/٩ : « ولا نبيحه إلا له » .

(٢) في الأصل : « الأُمَةُ » .

(٣-٣) سقط من : م .

قَالَ الْخِرَقِيُّ : وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مِنَ الْإِمَاءِ أَرْبَعًا إِذَا كَانَ الشَّرْطَانِ فِيهِ قَائِمَيْنِ .

الشرح الكبير

فَإِنْ نَكَحَ أَمَتَيْنِ فِي عَقْدٍ ، وَهُوَ يَسْتَعِفُّ بِوَاحِدَةٍ ، فَيُكَاهُمَا بِاطِلٍ ؛ لِأَنَّهُ يَنْطَلُ فِي إِحْدَاهُمَا ، وَلَيْسَتْ بِأَوَّلَى مِنَ الْأُخْرَى ، فَبَطُلَ ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أُخْتَيْنِ .

٣١٦١ - مسألة : (قال [١٢٤/٦] الْخِرَقِيُّ : وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنَ الْإِمَاءِ أَرْبَعًا ، إِذَا كَانَ الشَّرْطَانُ فِيهِ قَائِمَيْنِ) لِمَا ذَكَرْنَا .

الإنصاف

قَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافِيهِمَا » . وَإِذَا تَزَوَّجَ أَمَةً ، فَلَمْ تُعَفِّهِ ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، جَوَازُ نِكَاحِ ثَانِيَةِ بَشْرُطِهِ ، ثُمَّ ثَالِثَةِ كَذَلِكَ ، ثُمَّ رَابِعَةٍ كَذَلِكَ ، وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « التَّذَكُّرَةِ » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا أَنْصَرُ الرَّوَايَتَيْنِ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَقَطَعَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « مُتَخَبِّ الْأَرْجَى » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » .

فَالثَّانِيَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، إِذَا قُلْنَا : لَهُ نِكَاحُ أَرْبَعٍ . جَازَ لَهُ أَنْ يَنْكِحَهُنَّ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا يُعَفِّهِ إِلَّا ذَلِكَ . صَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَقَدْ يُقَالُ : إِنَّ كَلَامَ الْخِرَقِيِّ يَقْتَضِيهِ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَغَيْرِهِمَا : فَإِنْ لَمْ تُعَفِّهِ وَاحِدَةً ، فَثَانِيَةً ، ثُمَّ ثَالِثَةً ثُمَّ رَابِعَةً . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ،

المقنع وَلِلْعَبْدِ نِكَاحُ الْأَمَةِ ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا عَلَى حُرَّةٍ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٣١٦٢ - مسألة : (وَلِلْعَبْدِ نِكَاحُ الْأَمَةِ) وإن فُقدَ فيه الشَّرْطَانِ ؛ لَأَنَّهُ مُسَاوٍ لَهَا ، فلم يُعْتَبَرِ فيه هذان الشرطان ، كالحُرِّ مع الحُرَّةِ ، وله نِكَاحُ أَمَتَيْنِ مَعًا ، وواحدة بعد واحدة ؛ لَأَنَّ خَشْيَةَ الْعَنْتِ غَيْرُ مَشْرُوطَةٍ فِيهِ .

٣١٦٣ - مسألة : (وهل له أَنْ يَنْكِحَهَا عَلَى حُرَّةٍ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ)

الإنصاف

رَحِمَهُ اللَّهُ : تَلَخَّصَ لأَصْحَابِنَا فِي تَزْوُجِ الْإِمَاءِ ثَلَاثُ طُرُقٍ ؛ أَحَدُهَا ، طَرِيقَةُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ، وَهِيَ ، أَنَّهُ لَا يَتَزَوَّجُ أَكْثَرِ مِنْ وَاحِدَةٍ ، إِلَّا إِذَا خَشِيَ الْعَنْتَ ، بَأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَطْءُ الَّتِي تَحْتَهُ ، وَمَتَى أُمَكِّنَهُ وَطْأُهَا ، لَمْ يَجْزُ . قَالَ ابْنُ خَطِيبِ السَّلَامِيَّةِ : فَهُوَ يَجْعَلُ وُجُودَ زَوْجَةٍ يُمَكِّنُ وَطْأُهَا أَمْنًا مِنَ الْعَنْتِ . وَالمَسْأَلَةُ عِنْدَهُ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَكَذَلِكَ عِنْدَهُ إِذَا كَانَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ سِوَاءِ الطَّرِيقِ الثَّانِي ، إِذَا كَانَ فِيهِ الشَّرْطَانِ ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا ، وَإِنْ كَانَ مُتَمَكِّنًا مِنْ وَطْءِ الْأُولَى ، وَهَذَا مَعْنَى خَوْفِ الْعَنْتِ . وَهِيَ طَرِيقَةُ أَبِي مُحَمَّدٍ . وَلَمْ يَذْكُرِ الْخَرَقِيُّ إِلَّا ذَلِكَ . وَكَلَامُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، يَقْتَضِي الْجَلَّ ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْوَطْءِ . الطَّرِيقُ الثَّلَاثُ ، الْمَسْأَلَةُ فِي مِثْلِ هَذَا عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَهِيَ طَرِيقَةُ ابْنِ أَبِي مُوسَى . انْتَهَى .

الثَّانِيَةُ ، قَوْلُهُ : وَلِلْعَبْدِ نِكَاحُ الْأَمَةِ . وَمِثْلُهُ الْمُكَاتَبُ ، وَالْمُعْتَقُ بَعْضُهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرِّعَايَةِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : « مَعَ أَنَّ الشَّيْخَ وَغَيْرَهُ عَلَّلَ مَسْأَلَةَ الْعَبْدِ بِالمُسَاوَةِ ، فَيَقْتَضِي الْمَنْعَ فِيهِمَا ، وَفِي الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ .

قوله : وَهَلْ لَهُ - يَعْنِي لِلْعَبْدِ - أَنْ يَنْكِحَهَا عَلَى حُرَّةٍ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

وَأِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي الْعَقْدِ ، جَازٌ ، المقتنع

الشرح الكبير

إحداهما ، له ذلك . وهو قول مالك ، والشافعي ؛ لأنها مساوية له ، فلم يُشترط لصحة نكاحها عدم الحرية ، كالحر مع الحرية ، ولأنه لو اشترط عدم الحرية ، لاشترط عدم القدرة عليها ، كما في حق الحر . والثانية ، لا يجوز ؛ وهو قول أصحاب الرأي ؛ لأنه يُروى عن سعيد بن المسيب أنه قال : تُنكح الحرية على الأمة ، ولا تُنكح الأمة على الحرية . ولأنه مالك لبضع حرّة ، فلم يكن له أن يتزوج أمة ، كالحر .

٣١٦٤ - مسألة : (وإن جمَعَ بينهما في العقد ، جاز) لأن كل واحدةٍ منهما يجوزُ إفرادها بالعقد^(١) ، فجاز الجمعُ بينهما ، كالأمتين ،

وأطلقهما في « الهداية » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، الإصناف ، و « المعنى » ، و « الشرح » ، و « شرح ابن منجي » ؛ إحداهما ، يجوز . وهو المذهب . صححه في « التصحيح » ، و « النظم » . وجزم به في « الوجيز » . وقدمه في « المجرد » ، و « الفروع » ، و « الحاوي الصغير » . واختاره ابن عبدوس في « تذكيرته » . والرواية الثانية ، لا يجوز . صححه في « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « الرعاية الكبرى » . وقدمه في « الرعاية الصغرى » .

قوله : فإن جمَعَ بينهما في العقد ، جاز . يعني ، على الرواية الأولى . قاله في « المحرر » ، و « الفروع » ، وغيرهما . وحمل ابن منجي كلام المصنف عليه . وعلى الرواية الثانية ، لا يجوز . ويفسد النكاحان . على الصحيح من المذهب . وقيل : يفسد نكاح الأمة وحده . وقدمه في « الرعايتين » . وأطلق

(١) في م : « في العقد » .

المقنع وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَجُوزَ .

الشرح الكبير هذا إذا قلنا : ليست حُرِّيَّةُ الزَّوْجِ شَرْطًا فِي نِكَاحِ الْحُرَّةِ (وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَجُوزَ) بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ : لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ عَلَى حُرَّةٍ . وَلأنَّهُ لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ عَلَى الْحُرَّةِ ، فَحَرُمَ عَلَيْهِ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، كَالْأُخْتَيْنِ .

الإنصاف الْوَجْهَيْنِ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، يَصِحُّ فِي الْحُرَّةِ . وَفِي « الْمُوَجَزِ » ، فِي الْعَبْدِ [٢٦٦/٣] رِوَايَةٌ ، يَصِحُّ فِي الْأَمَةِ . وَكَذَا فِي « التَّبْصِيرَةِ » ؛ لَفَقْدِ الْكِفَاءَةِ . وَقَالَ : إِنْ لَمْ تُعْتَبَرِ الْكِفَاءَةُ ، صَحَّ فِيهِمَا . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « الْمَذْهَبِ » .

قَوْلُهُ : وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَجُوزَ . قَالَ الشَّارِحُ : بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ : لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأَمَةِ عَلَى حُرَّةٍ .

تَنْبِيهِ : تَقَدَّمَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ : لَوْ تَزَوَّجَ الْحُرُّ الْأَمَةَ عَلَى حُرَّةٍ بِشَرْطِهِ ، هَلْ يَجُوزُ أَمْ لَا ؟ وَلَكِنْ لَوْ طَلَّقَ الْحُرَّةُ طَلَاقًا بَائِنًا ، جَازَ لَهُ نِكَاحُ الْأَمَةِ فِي عِدَّتِهَا ، مَعَ وُجُودِ الشَّرْطَيْنِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « خِلَافِهِ » ، وَنَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةٍ مُهَنَّا . وَخَرَجَ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِ الْهِدَايَةِ » وَجْهًا بِالْمَنْعِ ، إِذَا مَنَعْنَا مِنَ الْجَمْعِ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ مَعَ الْغَيْبَةِ ، وَنَحْوِهَا .

فَائِدَةٌ : الْحُرُّ الْكِتَابِيُّ كَالْمُسْلِمِ فِي نِكَاحِ الْأَمَةِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . لَكِنْ قَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَغَيْرِهِمَا : إِنْ اعْتَبَرْنَا إِسْلَامَ الْأَمَةِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، اعْتَبَرْنَا كَوْنَهَا كِتَابِيَّةً فِي حَقِّ الْكِتَابِيِّ . وَقَالَ فِي « الْوَسِيلَةِ » : الْمَجُوسِيُّ كَالْكِتَابِيِّ فِي نِكَاحِ الْأَمَةِ . وَقَالَ فِي « الْمَجْمُوعِ » : وَكُلُّ كَافِرٍ كَمُسْلِمٍ فِي نِكَاحِ الْأَمَةِ . وَتَقَدَّمَ قَرِيبًا : إِذَا مَلَكَ كِتَابِيٌّ مَجُوسِيَّةً ، هَلْ لَهُ وَطُوعُهَا ، أَمْ لَا ؟

وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ سَيِّدَتِهِ ، وَلَا لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ [٢٠٧] أُمَّتُهُ ، المقتنع
وَلَا أُمَّةَ ابْنِهِ ،

الشرح الكبير

٣١٦٥ - مسألة : (وليس للعبد نكاح سَيِّدَتِهِ) قال ابن المنذر :
أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ نِكَاحَ الْمَرْأَةِ عَبْدَهَا بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَ الْمِلْكِ
وَالنِّكَاحِ تَتَنَاقَضُ ، إِذْ مِلْكُهَا إِيَّاهُ يَقْتَضِي وَجُوبَ نَفَقَتِهِ عَلَيْهَا ، وَسَفَرُهُ
بَسْفَرِهَا ، وَطَاعَتُهُ إِيَّاهَا ، وَنِكَاحُهُ إِيَّاهَا يُوجِبُ عَكْسَ ذَلِكَ ، فَيَتَنَاقِضَانِ ،
وَلَمَّا رَوَى الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ ، عَنْ جَابِرٍ ، أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنِ الْعَبْدِ
يَنْكِحُ سَيِّدَتَهُ ، فَقَالَ : جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَنَحْنُ
بِالْجَاوِيَةِ ^(١) وَقَدْ نَكَحَتْ عَبْدَهَا ، فَانْتَهَرَهَا عُمَرُ ، وَهَمَّ أَنْ يَرْجُمَهَا ،
وَقَالَ : لَا يَحِلُّ لَكَ ^(٢) .

٣١٦٦ - مسألة : (وليس للحر أن يتزوج أُمَّتِهِ) لِأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ
يُفِيدُ ^(٣) مِلْكَ الْمَنْفَعَةِ ، وَإِبَاحَةَ الْبُضْعِ ، فَلَا يَجْتَمِعُ مَعَهُ عَقْدُ أَضْعَفُ
مِنَهُ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّةً لَهُ فِيهَا مِلْكٌ . وَلَا يَتَزَوَّجُ مُكَاتَبَتَهُ ؛ لِأَنَّهَا
مَمْلُوكَتُهُ .

٣١٦٧ - مسألة : (ولا) يَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ (أُمَّةَ ابْنِهِ) لِأَنَّ

قوله : وَلَا لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّتَهُ ، وَلَا أُمَّةَ ابْنِهِ . لا يجوز للحر نكاح أُمَّتِهِ ، بلا
الإنصاف

(١) الجاوية : قرية من أعمال دمشق ، ثم من أعمال الجيدور من ناحية الجولان . معجم البلدان ٢ / ٣ .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب النكاح وملك العبد لا يجتمعان ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٧ .

وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في المرأة تزوج عبدها . السنن ١ / ١٩٢ .

(٣) في الأصل : « يفيد » .

الشرح الكبير له فيها شبهة ملك. وهذا قول أهل الحجاز. وقال أهل العراق: له ذلك؛ لأنها ليست مملوكة له، ولا تعتق بإعتاقه إياها. ولنا، قول النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(١). ولأنه لو ملك جزءاً من أمة، لم يصح نكاحه

الإنصاف خلاف. وكذا لو كان له^(٢) بعضها. صرح به في «الرعاية»، وليس له نكاح أمة ابنه. على الصحيح من المذهب. ذكره القاضي ومن بعده. وجزم به في «المعنى»، و«الشرح»، و«الوجيز»، وغيرهم. وقدمه في «الفروع» وغيره. وقيل: يجوز.

تنبيه: قال ابن رجب: لا يجوز للأب الحر نكاح أمة ولده. ذكره القاضي ومن بعده، وذكروا أصله في المذهب؛ وهو وجوب إغفاف الابن أباه عند حاجته إلى النكاح. وإذا وجب عليه إغفافه، كان واجداً للطول. قال: وعلى هذا المأخذ، لا فرق بين أن يزوجه بأمة أو أمة غيره. وصرح به القاضي في «الجامع»، ولا فرق حينئذ بين الأب والجدة من الطرفين. وكذلك يلزم في سائر من يلزم إغفافه من الأقارب، على الخلاف فيه. وصرح به ابن عقيل في «الفصول». ولو كان الابن معسراً لا يقدر على إغفاف أبيه، فهل للأب حينئذ أن يتزوج بأمة؟ ذكر أبو الخطاب في «انتصاره» احتمالين؛ الجواز؛ لانتفاء وجوب الإغفاف. والمنع؛ لشبهة الملك. وخرج أيضاً رواية بجواز نكاح الأب أمة ولده مطلقاً، من رواية عدم وجوب إغفافه. وللأصحاب في المنع مأخذ آخر، ذكره القاضي أيضاً والأصحاب، وهو أن الأب له شبهة الملك في مال ولده، وشبهة الملك تمنع من النكاح، كالأمة المشتركة، وأمة

(١) تقدم تخريجه في ٩٤/٧، ١٠٦/١٧.

(٢) سقط من: الأصل، ط.

الشرح الكبير

لها ، فما هي مُضَافَةٌ بِجُمْلَتِهَا شَرْعًا أَوْلَى بِالْتَّحْرِيمِ . وكذلك لا يَجُوزُ
لِلْعَبْدِ نِكَاحُ أُمِّ^(١) سَيِّدِهِ أَوْ سَيِّدَتِهِ ، مع ما ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ .

٣١٦٨ - مسألة : (ويجوز للعبد نِكَاحُ أُمِّهِ ابْنِهِ) لَأَنَّ الرِّقَّ قَطَعَ
وَلَايَتَهُ عَنْ ابْنِهِ وَمَالِهِ ، ولهذا^(٢) لَا يَلِي مَالَهُ وَلَا نِكَاحَهُ ، وَلَا يَرِثُ أَحَدُهُمَا

الإنصاف

المُكَاتَبِ . وعلى هذا المَأْخُذِ ، يَخْتَصُّ الْمَنْعُ بِأُمِّهِ ابْنِهِ ، وهل^(٣) يَدْخُلُ فِيهِ
الْجَدُّ وَإِنْ عَلَا مِنَ الطَّرْفَيْنِ ؟ فِيهِ نَظَرٌ . قال : وَلِلْمَنْعِ مَأْخُذٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنَّ الْأَبَّ
إِذَا تَزَوَّجَ أُمَّهُ وَلَدَهُ فَأَوْلَدَهَا ، فَهَلْ تَصِيرُ بِذَلِكَ مُسْتَوْلَدَةً وَيَنْعَقِدُ وَلَدُهُ حُرًّا ، أَمْ لَا
تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً وَيَنْعَقِدُ رَقِيقًا ؟ ذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ رَقِيقًا ؛ لِأَنَّ وَطْأَهُ
بِعَقْدِ النِّكَاحِ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِي مَالِ وَلَدِهِ بِحُكْمِ الْأَبْوَةِ ، بَلْ هُوَ تَصَرُّفٌ بِعَقْدٍ
يُشَارِكُهُ فِيهِ الْأَجَانِبُ ، فَيَنْعَقِدُ الْوَلَدُ رَقِيقًا وَلَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً . قال : وهذا - مع
الْقَوْلِ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ - ظَاهِرٌ ، وَأَمَّا مَعَ ظَنِّ صِحَّتِهِ فِيهِ نَظَرٌ ، وَأَمَّا مَعَ الْعِلْمِ
بِطُلَانِهِ فَبَعِيدٌ جَدًّا . وَتَرَدَّدَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « فُنُونِهِ » ، فِي ثُبُوتِ حُرِّيَةِ الْوَلَدِ
وَاسْتِيلَادِهِ ، كَتَرَدَّدِهِ فِي حُكْمِ النِّكَاحِ ، وَاسْتَشْكَلَ الْقَوْلَ بِطُلَانِهِ مَعَ رِقِّ الْوَلَدِ
وَعَدَمِ ثُبُوتِ الْاسْتِيلَادِ ، وَكَانَ أَوَّلًا أَفْتَى بِالرِّقِّ وَعَدَمِ ثُبُوتِ الْاسْتِيلَادِ ؛ مُسْتَعِدًّا
إِلَى صِحَّةِ النِّكَاحِ . قال ابْنُ رَجَبٍ : وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّهُ إِذَا حُكِمَ بِفَسَادِ النِّكَاحِ ،
لَزِمَ حُرِّيَةُ الْوَلَدِ وَاسْتِيلَادُ أُمِّهِ . قال : وَهُوَ أَظْهَرُ ، كَمَا لَوْ نَكَحَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْأُمَّةَ
الْمُشْتَرَكَةَ ، ثُمَّ اسْتَوْلَدَهَا ، وَحِينَئِذٍ يَصِيرُ مَأْخُذُ الْمَنْعِ مِنَ النِّكَاحِ مُعَرَّضًا

(١) في م : « أمة » .

(٢) في م : « هذا » .

(٣) في الأصل : « وهذا » .

الشرح الكبير صاحبَه ، فهو كالأجنبيِّ منه .

فصل : [١٢٤/٦ ط] وللأبْنِ نِكَاحُ أُمِّهِ ؛ لَأَنَّهُ لَا مِلْكَ لَهُ فِيهَا ، وَلَا شُبْهَةَ مِلْكٍ ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْقَرَابَاتِ . وَيَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يُزَوِّجَ ابْنَتَهُ لِمَمْلُوكِهِ . وَمَتَى مَاتَ الْأَبُ فَوَرِثَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ صَاحِبَهُ أَوْ جُزْءًا مِنْهُ ، انْفُسَخَ النِّكَاحُ . وَكَذَلِكَ إِنْ مَلَكَهُ أَوْ جُزْءًا مِنْهُ بغيرِ الْإِرْثِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، إِلَّا أَنَّ الْحَسَنَ قَالَ : إِذَا اشْتَرَى امْرَأَتَهُ لِلْعَتَقِ ، فَأَعْتَقَهَا حِينَ مَلَكَهَا ، فَهِيَ عَلَى نِكَاحِهَا . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَنَافِيَانِ ، فَلَا يَجْتَمِعَانِ قَلِيلًا وَلَا كَثِيرًا ، فَيُجَرِّدُ الْمَلِكُ لَهَا انْفُسَخَ نِكَاحُهَا سَابِقًا عَلَى عِتْقِهَا .

الإِنصَافُ لِلانْفِسَاحِ [٢٧/٣ و] بِحُصُولِ الْوَلَدِ الَّذِي هُوَ مَقْصُودُ الْعَقْدِ ، فَلَا يَصِحُّ . انْتَهَى .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ ، جَوَازُ تَزْوِيجِ الْإِبْنِ بِأُمِّهِ وَالِدِهِ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، لَوْ تَزَوَّجَهَا ، ثُمَّ قَالَ لَهَا : إِذَا مَاتَ أَبِي فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ ، فَهَلْ يَقَعُ الطَّلَاقُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَقَعُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَ « الْخِلَافِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « عُقْدِ الْأَدْلَةِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ ^(١) وَقُوعُ الطَّلَاقِ ، وَالْمَلِكُ سَبَقَ انْفِسَاحَ النِّكَاحِ ، فَقَدْ سَبَقَ نَفْوذُ الطَّلَاقِ الْفُسْخَ ، فَنَفَذَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَقَعُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ قَارَنَ الْمَانِعِ ، وَهُوَ الْمَلِكُ ، فَلَمْ يَنْفُذْ . وَقَدَّمَهُ الْمُصَنِّفُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

وَإِنْ اشْتَرَى الْحُرُّ زَوْجَتَهُ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا ابْنُهُ ، ^{المقنع} فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

٣١٦٩ - مسألة : (وَإِنْ اشْتَرَى الْحُرُّ زَوْجَتَهُ) أو جُزْءًا منها ، أو^(١) مَلَكَهُ بغيرِ الشُّرَاءِ (انْفَسَخَ نِكَاحُهَا) وكذلك إِنْ مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا ، أو جُزْءًا منه ، ولا نَعْلَمُ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ (وَإِنْ اشْتَرَاهَا ابْنُهُ ، فعلى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْابْنِ كِمِلْكِهِ فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ ، وَحُرْمَةِ الْاِسْتِيلَادِ^(٢) ، فَكَانَ كِمِلْكِهِ فِي إِبْطَالِ

الإنصاف فِي بَابِ الطَّلَاقِ فِي الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ . وَيَأْتِي هُنَاكَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، مُحَرَّرًا . وَمِثْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ، لَوْ تَزَوَّجَ أُمَّةٌ ، وَقَالَ : إِنْ اشْتَرَيْتُكَ ، فَانْتِ طَالِقٌ . فِيهِ الْوَجْهَانِ ؛ إِنْ قُلْنَا : يَنْتَقِلُ الْعِلْكَ مَعَ الْخِيَارِ - وَهُوَ الصَّحِيحُ - ^(٣) لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ^(٤) . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَنْتَقِلُ . وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَجْهًا وَاحِدًا . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ .

فائدة : لَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ نِكَاحُ عَبْدٍ وَلَدَهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَجُوزُ .^(٥) تَنْبِيْهُ : مَفْهُومُ قَوْلِهِ : وَلَا لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَةً ابْنَهُ . جَوَازُ تَزْوِيجِ الْأَبِ بِأُمَةٍ وَلَدِهِ إِنْ كَانَ رَقِيقًا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، لَا^(٦) نِزَاعَ فِيهِ . وَكَذَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ نِكَاحُ عَبْدٍ وَلَدَهَا ، إِذَا كَانَتْ رَقِيقَةً .

قوله : وَإِنْ اشْتَرَى الْحُرُّ زَوْجَتَهُ - وكذا بعضُها - انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَإِنْ

(١) سقط من : م .

(٢) فِي م : « الْاِسْتِيلَاءُ » .

(٣ - ٣) سقط من : الْأَصْلُ ، ط .

(٤ - ٤) فِي ط : « فائدة : قوله : ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه ، وهذا بلا » .

الشرح الكبير النكاح . والثاني ، لا يَظُلُّ ؛ لأنه لا يَمْلِكُهَا بِمِلْكِ الابنِ ، فلم يَظُلَّ نِكَاحُهَا ، كالأجنبيِّ .

فصل : وإذا مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَهَا أو بَعْضَهُ فأنْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، فليس ذلك طَلًا ، فمتى أَعْتَقَتْهُ ثم تَزَوَّجَهَا ، لم تُحْتَسَبْ عَلَيْهِ ^(١) بَطْلِيَّةٌ . وبهذا قال الْحَكَمُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَإِسْحَاقُ . وقال الحسنُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ : هِيَ ^(٢)

الإِنصاف اشْتَرَاهَا ابْنُهُ - وكذا بَعْضُهَا - فعلى وَجْهَيْنِ . وهما رِوَايَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي «الْهِدَايَةِ» ، و«الْمُذْهَبِ» ، و«مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ، و«الْخُلَاصَةِ» ، و«الْمُعْنَى» ، و«الشَّرْحِ» . أَحَدُهُمَا ، يَنْفَسِخُ . وهو المذهبُ . صَحَّحَهُ فِي «التَّصْحِيحِ» . قال فِي «الْفُرُوعِ» : يَنْفَسِخُ ، على الْأَصَحِّ . واختاره ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي «تَذَكُّرَتِهِ» . وجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» ، و«الْمُنَوَّرِ» ، و«مُنْتَخَبِ الْأَرْجَى» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» ، و«النَّظْمِ» ، و«الرَّعَايَتَيْنِ» ، و«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، و«الْفُرُوعِ» . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَنْفَسِخُ .

فائدتان : إِحْدَاهُمَا ، كَذَا الْحُكْمُ لو اشْتَرَاهَا ، أو بَعْضُهَا ، مُكَاتَبَةً . خِلَافًا وَمَذْهَبًا . قَالَهُ فِي «الرَّعَايَةِ» ، و«الْوَجِيزِ» ، و«الْفُرُوعِ» ، وَغَيْرِهِمْ ، إِلَّا أَنَّ الْخِلَافَ هُنَا وَجْهَانِ . الثَّانِيَةُ ، حُكْمُ شِرَاءِ الزَّوْجَةِ ، أو وَلَدِهَا ، أو مُكَاتَبَتِهَا ، لِلزَّوْجِ ، حُكْمُ شِرَاءِ الزَّوْجِ ، أو وَلَدِهِ ، أو مُكَاتَبَتِهِ ، لِلزَّوْجَةِ . فلو بَعَثَتْ إِلَى

(١) سقط من : م .

(٢) في م : «تحتسب هي» .

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ مُحَرَّمَةٍ وَمُحَلَّلَةٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَهَلْ يَصِحُّ
فِي مَنْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

تَطْلِيقَةٌ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْفِظْ بِطَلَاقٍ صَرِيحٍ وَلَا كِنَايَةٍ ، وَإِنَّمَا فُسِّخَ
النِّكَاحُ بِوُجُودِ مَا يُنَافِيهِ ، فَأُشْبِهَ انْفِسَاخَهُ بِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا (أَوْ رِدَّتِهِ^(١) .

فصل : ولو ملك الرجل بعض زوجته ، انفسخ نكاحها ، وحرّم
وطؤها ، في قول عامة المفتين ، حتى يستخلصها ، فيحلّ له وطؤها
بملك اليمين . وروى عن قتادة أنه قال^(٢) : لم يزد ملكه فيها إلا قرباً .
وليس بصحيح ؛ لأن النكاح لا يبقى في بعضها ، وملكه لم يتم عليها ،
ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه .

٣١٧٠ - مسألة : (وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ مُحَلَّلَةٍ وَمُحَرَّمَةٍ فِي عَقْدٍ
وَاحِدٍ ، فَهَلْ يَصِحُّ فِي مَنْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ) وإذا عقد النكاح على أخته
وأجنبية معاً ، بأن يكون لرجل أخت وابنة عم ، إحداهما رضيعة

زوجها تخبره : إني قد حرمت عليك ، ونكحت غيرك ، عليك نفقتي ونفقة
زوجي . فهذه امرأة ملكك^(٣) زوجها ، وتزوجت ابن عمها . فيعاني بها . وتقدم
جواز تزويج بنته بعده ، عند تولي طرفي العقد . ويأتي ذلك في أواخر باب
التأويل في الحلف باتم من هذا .

قوله : وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ مُحَرَّمَةٍ وَمُحَلَّلَةٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فهل يصح في مَنْ تَحِلُّ ؟

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل : « ملك » .

للمتزوج^(١) ، فيقول له : زَوَّجْتُكُمَا . فَيَقْبَلُ ذَلِكَ ، فالمنصوصُ صِحَّةُ نِكَاحِ الْأُجْنَبِيَّةِ ، فيما ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَنَصَّ فِي مَنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً وَأَمَةً ، أَنَّهُ يَثْبُتُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ ، وَيُفَارِقُ الْأَمَةَ . وَذَكَرَ شَيْخُنَا^(٢) فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَفْسُدُ فِيهِمَا . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ، ^(٣) وَاخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ وَاحِدٌ جَمَعَ حَلَالًا وَحَرَامًا ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أُخْتَيْنِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَصَحُّ فِي الْحُرَّةِ . وَهِيَ أَظْهَرُ الرِّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُمَا مَحَلٌّ قَابِلٌ لِلنِّكَاحِ ، أَضْيَفَ إِلَيْهَا عَقْدٌ صَادِرٌ مِنْ أَهْلِهِ ، لَمْ يَجْتَمِعْ مَعَهَا فِيهِ مِثْلُهَا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَتْ بِهِ ، [١٢٥/٦ د] وَفَارَقَ الْعَقْدَ عَلَى الْأُخْتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ^(٥) لِإِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى^(٦) ، وَهَهُنَا قَدْ تَعَيَّنَتِ الَّتِي بَطَلَ النِّكَاحُ فِيهَا . فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ ،

عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصَحُّ فِي مَنْ تَحِلُّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَالْمَنْصُوصُ صِحَّةُ نِكَاحِ الْأُجْنَبِيَّةِ . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّضْحِيحِ » ، وَ« تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » . وَجَزَمَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَ« الْمُنَوَّرِ » ، وَ« مُنْتَخِبِ الْأَرْجَى » ، وَغَيْرُهُمْ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « تَغْلِيْقِهِ » ، وَالشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِلْمَتَزَوِّجَةِ » .

(٢) فِي : الْمَغْنَى ٥٣٦/٩ .

(٣ - ٣) فِي م : « وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ » .

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : « لِأَحْدَاهُمَا عَلَى الْآخَرِ » .

يكون لها من المُسَمَّى بِقِسْطٍ مَهْرٍ مِثْلُهَا مِنْهُ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ لَهَا نِصْفَ المُسَمَّى . وَأَصْلُ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُهُمَا بِمَهْرٍ وَاحِدٍ ، هَلْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ صَدَاقِهِمَا ، أَوْ نِصْفَيْنِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، يَأْتِي ذِكْرُهُمَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَلَوْ تَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً وَمَجُوسِيَّةً ، أَوْ مُحَلَّلَةً (وَمُحَرَّمَةً) ، فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَسَدَ فِي الْمَجُوسِيَّةِ وَالْمُحَرَّمَةِ ، وَفِي الْأُخْرَى وَجْهَانِ . وَإِنْ نَكَحَ نَكَحَ أَرْبَعَ حَرَائِرَ وَأَمَةً ، فَسَدَ فِي الْأَمَةِ ، وَفِي الْحَرَائِرِ وَجْهَانِ . وَإِنْ نَكَحَ الْعَبْدَ حُرَّتَيْنِ وَأَمَةً ، بَطُلَ نِكَاحُ الْجَمِيعِ . وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَابْتَنَاهَا فَسَدَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُحَرَّمٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ فِيهِمَا^(١) ، كَالْأَخْتَيْنِ .

و «الرَّعَايَتَيْنِ» ، و «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، و «شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ» . وَالرَّوَايَةُ الْإِنْصَافِ الثَّانِيَةُ ، لَا يَصِحُّ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ .

فائدة : لَوْ تَزَوَّجَ أُمًّا وَبَنَاتًا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَبْطُلُ النِّكَاحَانِ مَعًا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفُ فِي «الْمُعْنَى» ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأُمِّ وَحْدَهَا . ذَكَرَهُ فِي «الْكَافِي» . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» ، و «الْمُحَرَّرِ» ، و «الرَّعَايَتَيْنِ» . وَصَحَّحَهُ فِي الْفَائِدَةِ الْأَخِيرَةِ مِنْ «الْقَوَاعِدِ» . وَأَطْلَقَهُمَا فِي «الْكَافِي» ، و «الْقَوَاعِدِ الْفَقْهِيَّةِ» ، فِي «التَّاسِعَةِ بَعْدَ الْمِائَةِ» .

(١ - ١) فِي م : «أَوْ مُحَرَّمَةٍ» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «بَيْنَهُمَا» .

وَمَنْ حَرَّمَ نِكَاحَهَا ، حَرَّمَ وَطُوءَهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، إِلَّا إِمَاءَ أَهْلِ الْكِتَابِ .

٣١٧١ - مسألة : (و) كلُّ (مَنْ حَرَّمَ نِكَاحَهَا حَرَّمَ وَطُوءَهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، إِلَّا إِمَاءَ أَهْلِ الْكِتَابِ) الكلامُ في هذه المسألة في فصلين ؛ أحدهما ، أَنَّ إِمَاءَ^(١) أَهْلِ الْكِتَابِ حَلَالٌ . وهذا قولُ عامةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا الْحَسَنَ ، فَإِنَّهُ كَرِهَهُ ؛ لِأَنَّ الْأُمَّةَ الْكِتَابِيَّةَ يَحْرُمُ نِكَاحُهَا ، فَحَرَّمَ التَّسْرِيَّ بِهَا ، كَالْمَجُوسِيَّةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾^(٢) . وَلِأَنَّهَا مِمَّنْ يَحِلُّ نِكَاحُ حَرَائِرِهِمْ ، فَحَلٌّ لَهُ التَّسْرِيَّ بِهَا ، كَالْمُسْلِمَةِ . فَأَمَّا نِكَاحُهَا ، فَيَحْرُمُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِرْقَاقَ وَلَدِهِ ، وَإِبْقَاءَهُ مَعَ كَافِرَةٍ ، بِخِلَافِ التَّسْرِي . الْفَصْلُ الثَّانِي ، أَنَّ مَنْ حَرَّمَ نِكَاحَ حَرَائِرِهِمْ مِنَ الْمَجُوسِيَّاتِ وَسَائِرِ الْكُوفَرِ سِوَى أَهْلِ الْكِتَابِ ، لَا يُبَاحُ وَطُوءُ الْإِمَاءِ مِنْهُنَّ بِمِلْكِ الْيَمِينِ . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الزُّهْرِيُّ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(٣) : عَلَى هَذَا جَمَاعَةٌ فَقَهَاءِ الْأَمْصَارِ ، وَجُمْهُورُ الْعُلَمَاءِ ، وَمَا خَالَفَهُ فَشُدُوزٌ لَا يُعَدُّ خِلَافًا ، وَلَمْ يَبْلُغْنَا إِبَاحَةَ ذَلِكَ إِلَّا عَنِ طَاوُسٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ

قوله : وَمَنْ حَرَّمَ نِكَاحَهَا ، حَرَّمَ وَطُوءَهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، إِلَّا إِمَاءَ أَهْلِ الْكِتَابِ .

(١) سقط من : م .

(٢) سورة المؤمنون ٦ ، وسورة الماعز ٣٠ .

(٣) انظر : الاستذكار ٢٦٥/١٦ .

إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴿١﴾ . وقوله : ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ ﴿٢﴾ الآية . وروى أبو سعيد أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين ^(٣) بعثاً قبل أوطاس ^(٤) ، فأصابوا لهم سبائاً ، ^(٥) فكان ناساً ^(٥) من أصحاب رسول الله ﷺ تخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهن من المشركين ، فانزل الله عز وجل في ذلك : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ . قال : فهنّ لهم حلال إذا انقضت عدتهنّ . وعنه ، أن رسول الله ﷺ قال في سبائاً أوطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا ^(٦) غير ذات حمل ^(٦) حتى تحيض حيضة » . رواهما أبو داود ^(٧) . وهذا حديث ^(٨) صحيح . وهم

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . واختار الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، جواز وطء إماء غير [٢٧/٣ ط] أهل الكتاب . وذكره ابن أبي شيبة في « كتابه » ^(٩) ،

(١) سورة النساء ٢٤ .

(٢) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ ، سورة المعارج ٢٩ ، ٣٠ .

(٣) في م : « خير » .

(٤) أوطاس : راد في ديار هوازن ، كانت فيه وقعة حنين . معجم البلدان ٤٠٥/١ .

(٥ - ٥) كذا في النسختين ، وعند مسلم : « فكان ناساً » . وعند النسائي : « فكان المسلمون » .

(٦ - ٦) في م : « ذات حليل » .

(٧) في : باب وطء السبائا ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٧/١ .

كما أخرج الأول مسلم ، في : باب جواز وطء المسيية بعد الاستبراء ... ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٧٩/٢ ، ١٠٨٠ . والنسائي ، في : باب تأويل قول الله عز وجل : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩١/٦ .

والثاني تقدم تخريجه في صفحة ٣٣٦ .

(٨) سقط من : م .

(٩) المصنف ١٧٨/٤ .

عَبْدَةُ أَوْثَانٍ . [١٢٥/٦] وهذا ظاهرٌ في إباحَتِهِنَّ ، ولأنَّ الصحابةَ في عصرِ
النبيِّ ﷺ كان أكثرُ سَبَايَاهُمْ مِنْ كُفَّارِ الْعَرَبِ ، وهم عَبْدَةُ الْأَوْثَانِ ، فلم
يَكُونُوا يَرَوْنَ تَحْرِيمَهُنَّ لَذَلِكَ ، وَلَا نُقِلَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ تَحْرِيمُهُنَّ ، وَلَا
أَمَرَ الصَّحَابَةُ بِاجْتِنَابِهِنَّ ، وَقَدْ دَفَعَ أَبُو بَكْرٍ إِلَى سَلَمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ امْرَأَةً
مِنْ بَعْضِ السَّبْيِ ، نَفَلَهُ إِيَّاهَا ، وَأَخَذَ عَمْرُ وَابْنُهُ مِنْ سَبْيِ هَوَازِنَ ،
وَكَذَلِكَ غَيْرُهُمَا مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَأُمُّ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ مِنْ سَبْيِ بَنِي حَنْفِيَّةَ ،
وَأَخَذَ الصَّحَابَةُ سَبَايَا فَارِسَ ، وَهُمْ مَجُوسٌ ، فَلَمْ يَيْلُغْنَا أَنَّهُمْ اجْتَنَبُوهُنَّ ،
وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي إِبَاحَتِهِنَّ ، لَوْلَا اتِّفَاقُ سَائِرِ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى خِلَافِهِ . وَقَدْ
أَجَبْتُ عَنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ بِأَجْوَبَةٍ ، مِنْهَا ، أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُنَّ أُسْلِمْنَ ،
كَذَلِكَ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، حِينَ سَأَلَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَكَمِ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَبِي
عَبْدِ اللَّهِ : فَهَوَازِنُ ^(١) : أَلَيْسَ كَانُوا عَبْدَةَ أَوْثَانٍ ؟ قَالَ : لَا أَذْرِي ، كَانُوا
أُسْلِمُوا ^(٢) أَوْ لَا . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : إِبَاحَةُ وَطْئِهِنَّ مَنْسُوخَةٌ بِقَوْلِهِ
تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ ^(٣) .

الشرح الكبير

عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَعَمْرِو بْنِ دِينَارٍ ، فَلَا يَصِحُّ ادِّعَاءُ
الْإِجْمَاعِ مَعَ مُخَالَفَةِ هَؤُلَاءِ .

الإنصاف

(١) سقط من : « م » .

(٢) في الأصل : « مسلمين » .

(٣) سورة البقرة ٢٢١ .

فَصْلٌ : وَلَا يَحِلُّ نِكَاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ .
 نَصٌّ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُمْنَعْ مِنْ
 نِكَاحِ النِّسَاءِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ بَعِيرَ ذَلِكَ بَعْدُ ، وَإِنْ
 قَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . لَمْ يَنْكِحْ إِلَّا رَجُلًا .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلَا يَحِلُّ نِكَاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ
 حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ) فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ . وَذَكَرَهُ أَبُو إِسْحَاقَ
 مَذْهَبًا لِلشَّافِعِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ وَجُودُ مَا يُبَيِّحُ لَهُ النِّكَاحَ ، فَلَمْ يُبَيِّحْ
 لَهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ أُخْتُهُ بِنِسْوَةٍ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ اشْتَبَهَ الْمُبَاحُ بِالْمَحْظُورِ فِي
 حَقِّهِ ، فَحَرَّمُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا (وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُمْنَعْ
 مِنْ نِكَاحِ النِّسَاءِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ بَعِيرَ ذَلِكَ بَعْدُ ، وَإِنْ قَالَ : أَنَا
 امْرَأَةٌ . لَمْ يَنْكِحْ إِلَّا رَجُلًا) وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَكُونَ رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً ،
 قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّرَّاجِينَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴾ ^(١) . وَقَالَ
 تَعَالَى : ﴿ وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾ ^(٢) . فَلَيْسَ ثُمَّ خُلِقَ ثَالِثٌ .

قوله : وَلَا يَحِلُّ نِكَاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ
 الْمَيْمُونِيِّ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ عَقِيلٍ . وَجَزَمَ بِهِ فِي
 « الْوَجِيزِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
 وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : يَحِلُّ نِكَاحُهُ . ذَكَرَهُ فِي
 « الرَّعَايَةِ » . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُمْنَعْ مِنْ نِكَاحِ النِّسَاءِ ، وَلَمْ

(١) سورة النجم ٤٥ .

(٢) سورة النساء ١ .

فإذا كان مُشْكِلًا لم يَظْهَرْ فيه علاماتُ الرجالِ ولا النساءِ ، فقد اختلفَ فيه أصحابُنا ، واختارَ الخِرَقِيُّ ، أَنَّهُ يُرْجَعُ إلى قولِهِ ، فإن^(١) ذَكَرَ أَنَّهُ رَجُلٌ ، وَأَنَّهُ يَمِيلُ طَبْعُهُ إلى نِكَاحِ النِّسَاءِ ، فَلَهُ نِكَاحُهُنَّ ، وَإِنْ ذَكَرَ أَنَّهُ امْرَأَةٌ ، يَمِيلُ طَبْعُهُ إلى الرجالِ ، زَوْجَ رَجُلًا ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى لَا يُتَوَصَّلُ إِلَيْهِ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ ، وَلَيْسَ فِيهِ إِجْبَابٌ حَقٌّ عَلَى^(٢) غَيْرِهِ ، فَقَبِلَ قولُهُ فِيهِ ، كَمَا يُقْبَلُ قولُ المرأةِ فِي حَيْضِهَا وَعِدَّتِهَا ، وَقَدْ يَعْرِفُ نَفْسَهُ بِمِيلِ طَبْعِهِ إلى أَحَدِ الصَّنَفَيْنِ ، وَشَهْوَتِهِ لَهُ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَجْرَى الْعَادَةِ فِي الْحَيَوَانَاتِ بِمِيلِ الذَّكَرِ إلى الْأُنْثَى ، وَمِيلِهَا إِلَيْهِ ، وَهَذَا الْمِيلُ أَمْرٌ فِي النَّفْسِ وَالشَّهْوَةِ ، لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ ، وَقَدْ تَعَذَّرَتْ عَلَيْنَا مَعْرِفَةُ عِلَالَتِهِ الظَّاهِرَةِ ، فَيُرْجَعُ فِيهِ إلى الْأُمُورِ الْبَاطِنَةِ فِيمَا يَخْتَصُّهُ بِحُكْمِهِ . وَأَمَّا الْمِيرَاثُ وَالِدِيَّةُ ، فَإِنْ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا يُقَلِّلُ^(٣) مِيرَاثَهُ أَوْ دِيَّتَهُ ، قَبِلَ مِنْهُ ، وَإِنْ ادَّعَى مَا يَزِيدُ ذَلِكَ ،

يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ بِغَيْرِ ذَلِكَ بَعْدُ ، وَإِنْ قَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . لَمْ تَنْكِحْ إِلَّا رَجُلًا . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي فِي « الرُّوَايَتَيْنِ » . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . وَقَبِلْنَا قولَهُ فِي ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ ، فَهَلْ يَنْبُتُ فِي حَقِّهِ سَائِرُ أَحْكَامِ الرِّجَالِ تَبَعًا لِلنِّكَاحِ ، وَيَزُولُ بِذَلِكَ إِشْكَالُهُ ، أَمْ يُقْبَلُ قولُهُ فِي حَقِّهِ اللَّهُ تَعَالَى ، وَفِيمَا عَلَيْهِ مِنْ حَقُوقِ الْآدَمِيِّينَ ، دُونَ مَا لَهُ مِنْهَا ، لِثَلَا يَلْزَمَ قَبُولُ قولِهِ فِي اسْتِحْقَاقِهِ بِمِيرَاثِ ذَكَرٍ^(٤) وَدِيَّتِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . ذَكَرَهُ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّلَاثَةِ وَالثَّلَاثِينَ بَعْدَ الْمِائَةِ » .

(١) فِي م : « قَالَ » .

(٢) فِي م : « إِلَى » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « يَقْبَلُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ قَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ، المقنع

الشرح الكبير

لم يُقْبَلْ ؛ لَأَنَّهُ مُتَّهِمٌ فِيهِ [١٢٦/٦ ر] فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَى غَيْرِهِ . وما كان من عِبَادَاتِهِ وَسُتْرَتِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ فِيهِ ؛ لَأَنَّهُ حُكْمٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى . قال القاضي : وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْإِمَامَةِ ، وَوَلَايَةِ النِّكَاحِ ، وما لَا يَثْبُتُ حَقًّا ^(١) عَلَى غَيْرِهِ . وَإِذَا زُوِّجَ امْرَأَةً أَوْ ^(٢) رَجُلًا ، ثُمَّ عَادَ فَقَالَ خِلَافَ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي التَّزْوِيجِ ^(٣) بِغَيْرِ الْجِنْسِ الَّذِي زُوِّجَهُ أَوَّلًا ؛ لَأَنَّهُ مُكَذِّبٌ لِنَفْسِهِ ، وَمَدَّعٍ مَا يُوجِبُ الْجَمْعَ بَيْنَ تَزْوِيجِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ .

٣١٧٢ - مسألة : (فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ قَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . انْفَسَخَ نِكَاحُهُ) لِإِقْرَارِهِ بِبُطْلَانِهِ ، وَلِزِمَهُ نَصْفُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَجَمِيعُهُ إِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَنْكِحَ ؛ لَأَنَّهُ أَقَرَّ بِقَوْلِهِ : أَنَا رَجُلٌ . بِتَحْرِيمِ الرِّجَالِ ، وَأَقَرَّ بِقَوْلِهِ : أَنَا امْرَأَةٌ . بِتَحْرِيمِ النِّسَاءِ .

الإنصاف قوله : فَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ قَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . انْفَسَخَ نِكَاحُهُ . هذا تفريع على قول الخِرَقِيِّ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ . واختاره الْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَهُ الزَّرْكَشِيُّ . وقال القاضي : لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ : أَنَا امْرَأَةٌ . بَعْدَ قَوْلِهِ : أَنَا رَجُلٌ . وَعَلَّلَهُ بِأَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُسْقِطَ عَنْهُ مَهْرَ الْمَرْأَةِ . وهذا ظاهرُ كلامِ أَبِي الْخَطَّابِ ، وَابْنِ عَقِيلٍ . قاله الزَّرْكَشِيُّ . وفي نِكَاحِهِ لَمَّا يُسْتَقْبَلُ الْوَجْهَانِ الْآتِيَانِ

(١) في الأصل : « جمعا » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « و » . وانظر المغنى ٩٥/١٠ .

المقنع وَلَوْ زَوْجَ بِرَجُلٍ ثُمَّ قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي فسخِ النِّكَاحِ .

الشرح الكبير ٣١٧٣ - مسألة : (وَإِنْ تَزَوَّجَ رَجُلًا ثُمَّ قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي فسخِ نِكَاحِهِ) لِأَنَّهُ حَقٌّ ^(١) عَلَيْهِ . فَإِذَا زَالَ نِكَاحُهُ فَلَا مَهْرَ لَهُ لِأَنَّهُ يُقَرُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّهُ ، وَسَوَاءٌ دُخِلَ بِهِ ^(٢) أَوْ لَمْ يَدْخُلْ . وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ النِّكَاحُ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

الإِنصاف بعدُ .

فوائد ؛ الأولى ، على قولِ الخِرَقِيِّ : لو لم يَكُنْ مَتَزَوِّجًا ، وَرَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ ، بِأَنَّهُ قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . ثُمَّ قَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . أَوْ عَكْسُهُ . فظَاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِيِّ والأَصْحَابِ ، أَنَّ لَهُ نِكَاحَ مَا عَادَ إِلَيْهِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » . وَهُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : فَلَوْ عَادَ عَنْ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ ، فَلَهُ نِكَاحُ مَا عَادَ إِلَيْهِ ، فِي الْأَصَحِّ . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : يُمْنَعُ مِنْ نِكَاحِ الصَّنْفَيْنِ عِنْدِي . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي مُحَمَّدٍ فِي « الْكَافِي » . الثَّانِيَةُ ، قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُنُونِ » : لَا يَجُوزُ الْوَطْءُ فِي الْفَرْجِ الزَّائِدِ . قُلْتُ : إِذَا زَوَّجْنَاهُ عَلَى أَنَّهُ أُنْثَى ، لَمْ يُسْتَبَعْدْ جَوَازُ وَطْئِهِ فِيهِ ، كَمَا يَجُوزُ مُبَاشَرَتُهُ فِي سَائِرِ بَدَنِهِ ، غَيْرَ دُبُرِهِ . الثَّالِثَةُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا يَحْرُمُ فِي الْجَنَّةِ زِيَادَةُ الْعَدَدِ ، وَلَا الْجَمْعُ بَيْنَ الْمَحَارِمِ ، وَغَيْرُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) فِي م : « لَا حَقَّ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ م .

(٣) سَقَطَ مِنْ م .

بَابُ الشُّرُوطِ فِي النِّكَاحِ

بَابُ الشُّرُوطِ فِي النِّكَاحِ

بَابُ الشُّرُوطِ فِي النِّكَاحِ

فائدتان ؛ إحداهما ، الشُّرُوطُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي النِّكَاحِ ، في هذا الباب محلُّ ذِكْرِهَا
صُلْبُ الْعَقْدِ . قَالَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ،
و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « تَذَكُّرَةِ ابْنِ عَبْدِوسٍ » ، وَ « النَّظْمِ » . وَقَالَهُ
الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ مِنْ كَلَامِهِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَكَذَالِو
اتَّفَقَا عَلَيْهِ قَبْلَ الْعَقْدِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ : عَلَى هَذَا جَوَابُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ،
رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَسَائِلِ الْحَيْلِ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْوَفَاءِ بِالشُّرُوطِ وَالْعُقُودِ وَالْعُهُودِ
يَتَنَاوَلُ ذَلِكَ تَنَاوُلًا وَاحِدًا . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَهَذَا ظَاهِرُ إِطْلَاقِ الْخَرَقِيِّ ، وَأَبَى
الْخَطَّابِ ، وَأَبَى مُحَمَّدٍ ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ : وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ،
فِي « فَتَاوِيهِ » : إِنَّهُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ، وَمَنْصُوصُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَوْلُ
قَدَمَاءِ أَصْحَابِهِ ، وَمُحَقِّقِي الْمُتَأَخِّرِينَ . أَنْتَهَى . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ الَّذِي لَا شَكَّ
فِيهِ . الثَّانِيَةُ ، لَوْ وَقَعَ الشَّرْطُ بَعْدَ الْعَقْدِ وَلُزِمَهُ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ،
رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَيَتَوَجَّهُ صِحَّةُ الشَّرْطِ فِيهِ ؛ بِنَاءً عَلَى
صِحَّةِ الْاسْتِثْنَاءِ مِنْفَصِلًا بِنَيْتٍ بَعْدَ الْيَمِينِ ، لِاسِيْمَا وَالنِّكَاحُ تَصِحُّ الزِّيَادَةُ فِيهِ فِي
الْمَهْرِ بَعْدَ عَقْدِهِ ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ ، وَنَحْوِهِ .

وَهِيَ قِسْمَانِ ؛ صَحِيحٌ ، مِثْلَ اشْتِرَاطِ زِيَادَةِ فِي الْمَهْرِ أَوْ نَقْدٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ دَارِهَا أَوْ بَلَدِهَا ، أَوْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، أَوْ لَا يَتَسَرَّى ، فَهَذَا صَحِيحٌ لَازِمٌ ، إِنْ وَفَّى بِهِ ، وَإِلَّا فَلَهَا

(وهي قِسْمَانِ ؛ صحيحٌ) وفاسدٌ ، فالصحيحُ نوعان ؛ أحدهما ، يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، كَتَسْلِيمِ الْمَرْأَةِ إِلَيْهِ وَتَمَكِينِهِ ^(١) مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ بِهَا ، فَهَذَا لَا يُؤْثِرُ فِي الْعَقْدِ ، وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ . الثَّانِي ، شَرْطُ مَا تَنْتَفِعُ بِهِ الْمَرْأَةُ ، كَزِيَادَةِ عَلَى مَهْرِهَا (أَوْ نَقْدٍ مُعَيَّنٍ) فَهُوَ صَحِيحٌ يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ ، كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ ^(٢) .

٣١٧٤ - مسألة : (فَإِنْ شَرَطَ أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ دَارِهَا أَوْ بَلَدِهَا ، أَوْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، أَوْ لَا يَتَسَرَّى ، فَهُوَ صَحِيحٌ لَازِمٌ إِنْ وَفَّى بِهِ ، وَإِلَّا

قوله : وهي قِسْمَانِ ؛ صحيحٌ ، مِثْلَ اشْتِرَاطِ زِيَادَةِ فِي الْمَهْرِ أَوْ نَقْدٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ لَا يُخْرِجُهَا مِنْ دَارِهَا أَوْ بَلَدِهَا ، أَوْ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا وَلَا يَتَسَرَّى . فَهَذَا صَحِيحٌ لَازِمٌ ، إِنْ وَفَّى بِهِ ، وَإِلَّا فَلَهَا الْفَسْخُ . هَذَا الْمَذْهَبُ بِلَا رَيْبٍ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَهُوَ مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . ^(٣) وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : ظَاهِرُ الْأَثَرِ وَالْقِيَاسِ ، يَقْتَضِي مَنَعَهُ مِنْ فِعْلِ ذَلِكَ الشَّرْطُ الصَّحِيحُ ^(٤) . وَحَكَى الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ ، عَنْ شَيْخِهِ أَبِي جَعْفَرٍ [٢٨/٣] رَوَايَةً ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ شَرْطُ أَنْ لَا ^(٥)

(١) فِي م : « تَمْلِكُهُ » .

(٢) فِي م : « الْمُبَيْع » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

الشرح الكبير

فلها الْفَسْخُ) يُرَوَّى ذَلِكَ عَنْ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ ، وَمَعَاوِيَةَ ، وَعَمْرِو بْنِ الْعَاصِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ شُرَيْحٌ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَأَبْطَلَ هَذِهِ الشُّرُوطَ الزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَهَشَامُ بْنُ عُرْوَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَاللِّثْ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : يَفْسُدُ الْمَهْرُ ، وَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ . وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ » ^(١) . وَهَذَا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَا يَقْتَضِيهِ . وَبِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا ، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا » ^(٢) . وَهَذَا يُحَرِّمُ الْحَلَالَ ، وَهُوَ التَّزْوِيجُ وَالتَّسْرِي وَالسَّفَرُ ،

يُسَافِرُ بِهَا ، وَلَا يَتَزَوَّجَ ، وَلَا يَتَسَرَّى عَلَيْهَا . وَيَأْتِي فِي الصَّدَاقِ ، بَعْدَ قَوْلِهِ : وَإِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى صَدَاقَيْنِ ؛ سِرٌّ وَعَلَانِيَةً . لِحُوقِ الزِّيَادَةِ فِي الصَّدَاقِ بَعْدَ الْعَقْدِ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ .

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، اخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، صِحَّةَ شَرْطِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، أَوْ إِنْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَلَهَا أَنْ تُطَلَّقَ نَفْسَهَا . الثَّانِيَةُ ، ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ ، صِحَّةُ دَفْعِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ إِلَى الْآخَرِ مَا لَا عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ ، أَمَّا الزَّوْجُ ، فَمُطْلَقًا ، وَأَمَّا الزَّوْجَةُ ،

(١) تقدم تخريجه في ٢٣٤/١١ ، ٢٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه في ١٤٩/١٠ ، وانظر ما تقدم في ٢٠/١٩ .

ولأنَّ هذا شرطٌ ليس من مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ وَلَا مُقْتَضَاهُ ، ولم يَنْ عَلَى التَّغْلِيْبِ
وَالسَّرَايَةِ ، فكان فاسِداً ، كما لو شَرَطْتَ أَنْ لَا تُسَلِّمَ نَفْسَهَا . ولنا ، قولُ
النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّ أَحَقَّ مَا وَفَّيْتُمْ بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » .
رواه سعيد^(١) . وفي لَفْظٍ : « إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تَوْفُوا بِهَا ، مَا
اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وقولُ النَّبِيِّ ﷺ [١٢٦/٦] :
« الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . ولأنَّه قولٌ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَا
يُعرفُ لهم مُخَالَفٌ فِي عَصْرِهِمْ ، فكان إجماعاً . وروى الأثرُ بِإِسْنَادِهِ ،
أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، وَشَرَطَ لَهَا دَارَهَا ، ثُمَّ أَرَادَ نَقْلَهَا ، فخاصَّمُوهُ إِلَى
عَمْرٍ ، فَقَالَ : لَهَا شَرُطُهَا . فَقَالَ الرَّجُلُ : إِذَا يُطْلَقْنَا . فَقَالَ عَمْرٌ : مَقَاطِعُ
الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ^(٣) . ولأنَّه شرطٌ لها^(٤) فِيهِ مَنَفَعَةٌ وَمَقْصُودٌ لَا يَمْنَعُ

فَبَعْدَ مَوْتِ زَوْجِهَا ، وَمَنْ لَمْ يَفِرْ بِالشَّرْطِ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْعَوَضَ ؛ لِأَنَّهَا هِبَةٌ مُشْرُوطَةٌ

(١) في : باب ما جاء في الشرط في النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٨٠ .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ... من كتاب الشروط ، وفي : باب
الشروط في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٣ / ٢٤٩ ، ٧ / ٢٦ . ومسلم ، في : باب الوفاء
بالشرط في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٣ .
والترمذي ، في : باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٥٨ .
والدارمي ، في : باب الشرط في النكاح ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٣ . والإمام أحمد ، في :
المسند ٤ / ١٤٤ ، ١٥٠ ، ١٥٢ .

(٣) أخرجه سعيد ، في : سننه ١ / ١٨٥ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٤ / ١٩٩ . والبيهقي ، في : السنن
الكبرى ٧ / ٢٤٩ . وعلق البخاري قوله : مقاطع الحقوق عند الشروط . في الموضعين السابقين .

كما أخرج البيهقي عن عمر خلافاً لذلك ، في : السنن الكبرى ٧ / ٢٤٩ . وانظر الإرواء ٦ / ٣٠٣ ، ٣٠٤ .
(٤) في م : « له » .

الْمَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ ، فَكَانَ لَازِمًا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطْتَ زِيَادَةَ فِي الْمَهْرِ أَوْ
غَيْرَ نَقْدِ الْبَلَدِ . وَأَمَّا قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ
بَاطِلٌ » . أَيْ لَيْسَ فِي حُكْمِ اللَّهِ وَشَرْعِهِ ، وَهَذَا مَشْرُوعٌ ، قَدْ ذَكَرْنَا مَا
دَلَّ عَلَى مَشْرُوعِيَّتِهِ ، وَعَلَى مَنْ نَفَى ذَلِكَ الدَّلِيلُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ هَذَا يُحَرِّمُ
الْحَلَالَ . قُلْنَا : لَا يُحَرِّمُ حَلَالًا ، وَإِنَّمَا يُثَبِّتُ لِلْمَرْأَةِ خِيَارَ الْفَسْخِ إِنْ لَمْ
يَفِ لَهَا بِهِ . وَقَوْلُهُمْ : لَيْسَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَقْدِ . مَمْنُوعٌ ، فَإِنَّهُ مِنْ مَصْلَحَةِ
الْمَرْأَةِ ، وَمَا كَانَ مِنْ مَصْلَحَةِ الْعَاقِدِ كَانَ مِنْ مَصْلَحَةِ عَقْدِهِ ، كَاشْتِرَاطِ

بَشَرِطٍ ، فَتَنْتَفَى بِإِنْفَائِهِ . وَقَالَ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » : لَوْ شَرَطَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَلَى
الْآخَرِ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ بَعْدَهُ ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ . وَوَجْهُهُ ، أَنَّهُ لَيْسَ فِي
ذَلِكَ غَرَضٌ صَحِيحٌ ، بِخِلَافِ حَالِ الْحَيَاةِ ، وَاقْتَصَرَ فِي « الْفُرُوعِ » عَلَى ذِكْرِ
رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ . وَتَقَدَّمَ فِي بَابِ الْمُوصَى لَهُ ^(١) : لَوْ أَوْصَى لِأُمِّ وَلَدِهِ عَلَى أَنْ لَا
تَتَزَوَّجَ . الثَّلَاثَةُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَوْ خَدَعَهَا فَسَافَرَ بِهَا ، ثُمَّ
كَرِهَتْهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُكْرِهَهَا بَعْدَ ذَلِكَ . قَالَ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ فِي « حَوَاشِيهِ عَلَى
الْفُرُوعِ » : هَذَا إِذَا لَمْ تُسْقِطْ حَقَّهَا وَاضِحٌ ، أَمَّا لَوْ أُسْقِطَتْ ^(٢) حَقَّهَا مِنَ الشَّرْطِ ،
اِحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ لَهَا الرُّجُوعُ فِيهِ ، كَهَبَةِ حَقَّهَا مِنَ الْقَسَمِ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَكُونَ
لَهَا الْعَوْدُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ أُسْقِطَتْ حَقَّهَا مِنْ بَعْضِ مَهْرٍ مُسَمًّى ، وَالْفَرْقُ وَاضِحٌ ،
فَذَكَرَهُ . انْتَهَى . قُلْتُ : الصَّوَابُ أَنَّهَا إِذَا أُسْقِطَتْ حَقَّهَا ، يَسْقُطُ مُطْلَقًا . وَقَالَ
أَيْضًا : لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ مَنْزِلِ أَبِيهَا ، فَمَاتَ الْأَبُ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ الشَّرْطَ
يَنْطُلُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ مَنْزِلِ أُمِّهَا ، إِلَّا أَنْ تَتَزَوَّجَ الْأُمُّ . وَلَوْ تَعَذَّرَ

(١) انظر ٢٨٨/١٧ .

(٢) ط : « أسقط » .

الرَّهْنِ وَالضَّمِينِ^(١) فِي الْبَيْعِ^(٢) ، ثُمَّ يَنْطَلُ بِالزِّيَادَةِ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ . وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّهُ شَرْطٌ لَزِمٌ فَلَمْ يَفِ بِهِ ، فَلَهَا الْفَسْخُ ، وَلِهَذَا قَالَ عَمْرٌو لِلَّذِي قَضَى عَلَيْهِ بَلْزُومَ الشَّرْطِ - حِينَ قَالَ : إِذَا يُطْلَقْنَا - : مَقَاطِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ . وَلَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِهِ . وَلَأنَّهُ شَرْطٌ لَزِمٌ فِي عَقْدٍ ، فَيُثْبِتُ حَقَّ الْفَسْخِ بِتَرْكِ^(٣) الْوَفَاءِ بِهِ ، كَالرَّهْنِ فِي الْبَيْعِ .

الشرح الكبير

سُكْنَى الْمَنْزِلِ ؛ لِخَرَابٍ وَغَيْرِهِ ، فَهَلْ يَسْقُطُ حَقُّهَا مِنَ الْفَسْخِ بِنَقْلِهَا عَنْهُ ؟ أَقْبِتُ بِأَنَّهُ إِنْ نَقَلَهَا إِلَى مَنْزِلٍ تَرْضِيهِ هِيَ ، فَلَا فَسْخَ ، وَإِنْ نَقَلَهَا إِلَى مَنْزِلٍ لَا تَرْضِيهِ ، فَلَهَا الْفَسْخُ ، وَلَمْ أَقِفْ فِيهِ عَلَى نَقْلِ . انْتَهَى . قُلْتُ : الصَّوَابُ أَنَّ لَهُ أَنْ يَسْكُنَ بِهَا حَيْثُ أَرَادَ ؛ سِوَاءَ رَضِيَتْ ، أَوْ لَا ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ وَالشَّرْطُ عَارِضٌ ، وَقَدْ زَالَ ، فَارْجَعْنَا إِلَى الْأَصْلِ ، وَهُوَ مَحْضُ حَقِّهِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي مَنْ شَرْطَ لَهَا أَنْ يُسْكِنَهَا بِمَنْزِلٍ أَبِيهِ ، فَسَكَنْتْ ، ثُمَّ طَلَبَتْ سُكْنَى مُنْفَرَدَةً ، وَهُوَ عَاجِزٌ : لَا يَلْزِمُهُ مَا عَجَزَ عَنْهُ ، بَلْ لَوْ كَانَ قَادِرًا لَيْسَ لَهَا ، عَلَى قَوْلٍ فِي مَذْهَبِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، غَيْرُ مَا شَرْطَتْ لَهَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ . قَالَ : وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُرَادَهُمْ صِحَّةُ الشَّرْطِ فِي الْجُمْلَةِ ، بِمَعْنَى ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهَا بَعْدَمِهِ ، لَا أَنَّهُ يَلْزِمُهَا ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لِحَقِّهَا^(٣) لِمَصْلَحَتِهَا ، لَا لِحَقِّهِ لِمَصْلَحَتِهِ ، حَتَّى يَلْزَمَ فِي حَقِّهَا ، وَلِهَذَا لَوْ سَلِمَتْ نَفْسُهَا مِنْ شَرْطَتْ دَارَهَا فِيهَا أَوْ فِي دَارِهِ ، لَزِمَ . انْتَهَى . وَقَالَ ابْنُ الْقَيِّمِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي « الْهَدْيِ » : الشَّرْطُ الْعَرَفِيُّ ، كَالْمَشْرُوطِ لَفْظًا . وَأَطَالَ فِي ذَلِكَ .

الإنصاف

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) في م : « في ترك » .

(٣) سقط من : ط .

وإن شرط لها طلاق ضررتها ، فقال أبو الخطاب : هو صحيح .
ويحتمل أنه باطل ؛ لقول رسول الله ﷺ : « لا تسأل المرأة طلاق
أختها لتكفي ما في صحتها وتتنكح ، فإن لها ما قدر لها » .

الشرح الكبير

٣١٧٥ - مسألة : (وإن شرط لها طلاق ضررتها ، فقال أبو
الخطاب : هو صحيح) لأنه شرط لا ينافي العقد ، ولها فيه فائدة ، فأشبهه
ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها . قال شيخنا^(١) : ولم أر هذا لغيره
(ويحتمل أنه باطل) وهو الصحيح ؛ لما روى أبو هريرة ، قال : نهى
النبي ﷺ أن تشترط المرأة طلاق أختها . وفي لفظ أن النبي ﷺ قال :
(« لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي ما في صحتها »)^(٢) ، وتتنكح ،

قوله : وإن شرط لها طلاق ضررتها ، فقال أبو الخطاب : هو صحيح . وجزم
به في « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ،
و « البلغة » ، و « المحرر » ، و « الوجيز » ، و « تذكرة ابن عبدوس » ،
و « المنور » ، و « إدراك الغاية » ، و « تجريد العناية » ، وغيرهم . قال في
« الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » : إذا شرط لها طلاق ضررتها ،
وقلنا : يصح في رواية . ويحتمل أنه باطل ؛ لما ذكر المصنف من الحديث . قال
المصنف : وهو الصحيح . وقال : لم أر ما قاله أبو الخطاب لغيره . قلت : قد
حكاه في « الرعاية الصغرى » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » رواية
عن الإمام أحمد ، رحمه الله ، وقال : ذكره جماعة . وصح ما صححه

(١) في : المغنى ٩/٤٨٦ .

(٢) في م : « صفحتها » .

فَإِنَّ لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا» (. رَوَاهُمَا الْبُخَارِيُّ^(١) . وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي فُسَادَ الْمَنْهِيِّ عَنْهُ . وَلِأَنَّهَا شَرَطَتْ عَلَيْهِ فَسَخَّ عَقْدَهُ ، وَإِبْطَالُ حَقِّهِ وَحَقُّ امْرَأَتِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَتْ عَلَيْهِ^(٢) فَسَخَّ بَيْعَهُ . وَعَلَى قِيَاسِ هَذَا مَا لَوْ شَرَطَتْ عَلَيْهِ^(٣) بَيْعَ أُمَّتِهِ^(٣) .

الشرح الكبير

المُصَنَّفُ فِي « النَّظْمِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينَ » . وَظَاهِرُ « الْفُرُوعِ » إِبْطَالُ الْخِلَافِ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : وَيَصِحُّ شَرْطُ طَلَاقِ صَرَّتْهَا فِي رِوَايَةٍ [٢٨/٣ ظ] وَذَكَرَهُ جَمَاعَةٌ . وَقِيلَ : بَاطِلٌ .

الإنصاف

فَوَائِدُ : الْأُولَى ، حُكْمُ شَرْطِ بَيْعِ أُمَّتِهِ ، حُكْمُ شَرْطِ طَلَاقِ صَرَّتْهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَالْأَشْهُرُ ، وَمِثْلُهُ بَيْعُ أُمَّتِهِ . الثَّانِيَةُ ، حَيْثُ قُلْنَا بِصِحَّةِ شَرْطِ سُكْنَى الدَّارِ أَوْ الْبَلَدِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، لَمْ يَجِبِ الْوَفَاءُ بِهِ عَلَى الزَّوْجِ . صَرَّحَ بِهِ الْأَصْحَابُ ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ الْوَفَاءُ بِهِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةٍ

(١) فِي : بَابِ لَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : بَابِ مَا لَا يَجُوزُ مِنَ الشَّرُوطِ فِي النِّكَاحِ ، وَبَابِ الشَّرُوطِ فِي الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الشَّرُوطِ ، وَفِي : بَابِ الشَّرُوطِ الَّتِي لَا تَعْمَلُ فِي النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . وَفِي : بَابِ ﴿ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَقْدُورًا ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْقَدَرِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩١/٣ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٦/٧ ، ١٥٣/٨ . كَمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا فِي النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٢٩/٢ ، ١٠٣٠ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَرْأَةِ تَسْأَلُ زَوْجَهَا طَلَاقَ امْرَأَةٍ لَهُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٥٠٣/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ لَا تَسْأَلُ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أَخِيهَا ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٦٥/٥ ، ١٦٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ أَنْ يُخْطَبَ الرَّجُلُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ بَيْعِ الْمُهَاجِرِ لِلْأَعْرَابِيِّ ، وَبَابِ النِّجَشِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ . الْمُجْتَبَى ٥٩/٦ ، ٢٢٤/٧ ، ٢٢٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤١/٢ ، ٤٢ ، ٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣١١ ، ٣٩٤ ، ٥٠٨ ، ٥١٦ ، ٥١٢ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣-٣) فِي م : « بَيْعٌ » .

عبد الله . ومال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ، إلى وجوب الوفاء بهذه الشروط ،
ويُجبره الحاكم على ذلك . وهو ظاهر كلام الخرقى . وصرح أبو بكر في
« التنبيه » ، أنه لا يجوز للزوج مخالفة ما شرط عليه . ونص في رواية حرب ، في
من تزوج امرأة ، وشرط لها أن لا يخرجها من قرنتها ، ثم بداله أن يخرجها ، قال :
ليس له أن يخرجها . وقد ذكر الزركشي في « شرح المحرر » ، فيما إذا شرطت
دارها أو بلدًا ، وجهًا بأنه يُجبر على المقام معها . وذكر أيضًا ، أنه لا يتزوج ولا
يتسرى إلا بإذنها في وجهه ، إذا شرطته . إذا علمت ذلك ، فلها الفسخ بالنقلة ،
والتزويج ، والتسرى ، كما قال المصنف ، فأما إن أراد نقلها ، وطلب منها ذلك ،
فقال القاضي في « الجامع » : لها الفسخ بالعزم على الإخراج . وضعفه الشيخ
تقي الدين ، وقال : العزم المجرد لا يوجب الفسخ ؛ إذ لا ضرر فيه . وهو
صحيح ، ما لم يقترن بالهم طلب نقلة . الثالثة ، لو شرطت أن لا تسلم نفسها إلا
بعد مدة معينة ، لم يصح . ذكره ابن عقيل في « المفردات » ، وأبو الخطاب في
« الانتصار » . وقال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله : قياس المذهب صحته ،
كاشتراط تأخير التسليم في البيع والإجارة ، وكما لو اشترطت أن لا يخرجها من
دارها . الرابعة ، ذكر أبو بكر في « التنبيه » من الشروط اللازمة ، إذا شرط أن لا
يفرق بينها وبين أبويها ، أو أولادها ، أو ابنها الصغير أن ترضعه . وكذا ذكر ابن
أبي موسى ، أنها إذا شرطت أن لها ولدًا ترضعه ، فلها شرطها . وقطع به في
« المستوعب » ، و « الرعايتين » ، و « الحاي الصغير » ، و « تذكيرة ابن
عبدوس » ، وغيرهم .^(١) قال في « القاعدة الثانية والسبعين » : ولو شرطت عليه^(٢)

(١ - ١) سقط من : الأصل .

فَصْلٌ : الْقِسْمُ الثَّانِي ، فَاسِدٌ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، نِكَاحُ الشُّغَارِ ، وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ وَلَيْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ وَلَيْتَهُ وَلَا مَهْرَ بَيْنَهُمَا ،

٣١٧٦ - مسألة ؛ قال ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (الْقِسْمُ الثَّانِي ، فَاسِدٌ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، نِكَاحُ الشُّغَارِ ، وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ وَلَيْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ وَلَيْتَهُ وَلَا مَهْرَ

(١) نَفَقَةً وَلَدَهَا وَكُسُوتَهُ ، صَحَّ ، وَكَانَ مِنَ الْمَهْرِ . قَالَ ابْنُ نَصْرِ اللَّهِ فِي « حَوَاشِيهِ » : وَظَاهِرُهُ لَا يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ تَعْيِينُ مُدَّةٍ ، كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَكُسُوتِهَا ، فَإِنَّهُ ذَكَرَهَا بَعْدَهَا . انْتَهَى . قُلْتُ : لَيْسَ الْأَمْرُ كَذَلِكَ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَاضِحٌ (٢) . الْخَامِسَةُ ، هَذِهِ الشُّرُوطُ الصَّحِيحَةُ ، إِنَّمَا تَلْزَمُ فِي النِّكَاحِ الَّذِي شَرِطَتْ فِيهِ ، فَأَمَّا إِنْ بَانَ مِنْهُ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثَانِيًا ، لَمْ تَعُدْ هَذِهِ الشُّرُوطُ فِي هَذَا الْعَقْدِ الثَّانِي ، بَلْ يَبْطُلُ حُكْمُهَا إِذَا لَمْ يَذْكُرْهَا فِيهِ . ذَكَرَهُ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْفُرُوعِ » . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَيَتَخَرَّجُ عَوْدُهَا فِي النِّكَاحِ الثَّانِي ، إِذَا لَمْ يَكُنْ اسْتَوْفَى عَدَدَ الطَّلَاقِ ، لَزِمَ فِيهِ (٣) كُلُّ مَا (٤) كَانَ مُلْتَزِمًا بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ . السَّادِسَةُ ، خِيَارُ الشَّرْطِ عَلَى التَّرَاجِي ، لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِمَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ، مِنْ قَوْلٍ أَوْ تَمَكِينٍ مِنْهَا مَعَ الْعِلْمِ . قَطَعَ بِهِ الْأَصْحَابُ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . ذَكَرُوهُ فِي بَابِ الْعُيُوبِ فِي النِّكَاحِ .

قوله : الْقِسْمُ الثَّانِي ، فَاسِدٌ وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، وَهُوَ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في ط : « كما » .

بَيْنَهُمَا) قِيلَ: إِنَّمَا سُمِّيَ هَذَا النِّكَاحُ شِغَارًا لِقُبْحِهِ، تَشْبِيهًا بِرَفْعِ الْكَلْبِ رِجْلَهُ لِيَبُولَ، فِي الْقُبْحِ^(١). يُقَالُ: شَعَرَ الْكَلْبُ. إِذَا رَفَعَ رِجْلَهُ لِيَبُولَ. وَحُكِيَ عَنِ الْأَضْمَعِيِّ أَنَّهُ قَالَ: الشُّغَارُ الرَّفْعُ. فَكَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَفَعَ رِجْلَهُ لِلْآخَرِ^(٢) عَمَّا يُرِيدُ. وَلَا تَخْتَلِفُ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي أَنَّ نِكَاحَ الشُّغَارِ فَاسِدٌ. رَوَاهُ عَنْهُ جَمَاعَةٌ. قَالَ أَحْمَدُ: وَرَوَى عَنْ عُمَرَ، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، أَنَّهُمَا فَرَقَا فِيهِ. وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَالشَّافِعِيِّ، وَإِسْحَاقَ. وَحُكِيَ عَنْ عَطَاءٍ، وَعُمَرُو بْنِ دِينَارٍ، وَمَكْحُولٍ، [١٢٧/٦] وَالزُّهْرِيِّ، وَالتَّوْرِيِّ، أَنَّهُ يَصَحُّ، وَتَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ مِنْ قَبْلِ الْمَهْرِ لَا يُوجِبُ فِسَادَ الْعَقْدِ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ عَلَى خَمَرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، (وَهَذَا)^(٣) كَذَلِكَ. وَلَنَا، مَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ الشُّغَارِ. مَتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤). وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ مِثْلَهُ. أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٥).

ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ؛ أَحَدُهَا، نِكَاحُ الشُّغَارِ؛ وَهُوَ أَنْ يُزَوَّجَهُ وَلَيْتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوَّجَهُ الْآخَرُ

الإنصاف

(١) في م: «الفتح».

(٢) في الأصل: «الأخرى».

(٣-٣) سقط من: الأصل.

(٤) أخرجه البخاري، في: باب الشغار، من كتاب النكاح. صحيح البخاري ٧ / ١٥. ومسلم، في: باب

تحريم نكاح الشغار وبطلانه، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٤.

كما أخرجه أبو داود، في: باب الشغار، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ١ / ٤٧٩. والنسائي، في: باب

الشغار، وباب تفسير الشغار، من كتاب النكاح. المجتبى ٦ / ٩١، ٩٢. وابن ماجه، في: باب النهي عن

الشغار، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦. والدارمي، في: باب في النهي عن الشغار، من كتاب

النكاح. سنن الدارمي ٢ / ١٣٦. والإمام مالك، في: باب جامع ما لا يجوز من النكاح، من كتاب النكاح.

الموطأ ٢ / ٥٣٥. والإمام أحمد، في: المسند ٧ / ١٩، ٦٢.

(٥) في: باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٤.

الشرح الكبير وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين ، أن رسول الله ﷺ قال : « لَا جَلْبَ ^(١) ، وَلَا جَنْبَ ^(٢) ، وَلَا شِغَارَ فِي الْإِسْلَامِ » ^(٣) . ولأنه جعل كل واحد من العقدتين سلفاً في الآخر ، فلم يصح ، كما لو قال : بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي . قولهم : إن فسادَه من قبل التسمية . قلنا : بل فسادُه من جهة أنه وقفه على شرط فاسد . ولأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج ، فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للأخرى ، فكانه ملكه إياه بشرط انتزاعه منه . إذا ثبت هذا ، فلا فرق بين أن يقول : على أن صدق كل واحدة منهما بضع الأخرى . أو ^(٤) لم يقل ذلك . وقال الشافعي : هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صدقاً ؛ لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار . والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوّجتك ابنتي

وَلَيْتَهُ ، ولا مهر بينهما . وهذا المذهب ، وسواءً قالا : وبضع كل واحدة مهر الأخرى . أو لا ، وعليه الأصحاب . وعنه ، يصح العقد ، ويفسد الشرط . وهو

= كما أخرجه النسائي ، في : باب تفسير الشغار ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٢/٦ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٦/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٨٦/٢ ، ٤٣٩ ، ٤٩٦ .

(١) الجلب يكون في شيئين ؛ أحدهما في الزكاة ، وهو أن يقدم المصدق على أهل الزكاة ، فينزل موضعاً ، ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقتها ، فنهى عن ذلك ، وأمر أن تؤخذ صدقاتهم على مياهم وأماكنها . الثاني في السباق ، وهو أن يتبع الرجل فرسه ، فيزجره ويجلب عليه ويصيح حتاً له على الجري ، فنهى عن ذلك .

(٢) الجنب في السباق : أن يجنب فرساً إلى فرسه الذي يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحول إلى الجنب . وفي الزكاة : أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ، ثم يؤمر بالأموال أن تجنب إليه ، أي تحضر . فنهوا عن ذلك .

(٣) وأخرجه النسائي ، في : باب الشغار ، من كتاب النكاح ، وفي : باب الجلب ، وباب الجنب ، من كتاب الخيل . المجتبى ٩١ / ٦ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ٤٢٩ ، ٤٤١ ، ٤٤٣ .

(٤) في الأصل : « وإن » .

فَإِنْ سَمَّوْا مَهْرًا ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لَا يَصِحُّ .

الشرح الكبير

على أن تزوجني ابنتك . ويكون بضع كل واحدة منهما ^(١) مهر الأخرى . ولنا ، ما روى ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار . والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ، وليس بينهما صداق . هذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه . وفي حديث أبي هريرة : ^(٢) « والشغار » أن يقول الرجل للرجل : تزوجني ابنتك وأزوجك ابنتي ، وزوجني أختك وأزوجك أختي . رواه مسلم . وهذا يجب تقديمه لصحته ، وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجمع . ويفسد النكاح بأي ذلك كان . ولأنه إذا شرط في نكاح أحدهما تزويج الأخرى ، فقد جعل بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى ، ففسد ، كما لو لفظ به ^(٣) .

فصل : فإن سميا مع ذلك مهرا ، فقال : زوجتك ابنتي على أن

الإنصاف

تخريج في « الهداية » . فعلية ، لها مهر المثل .

قوله : فإن سموا مهرا ، صح . نص عليه . وهو المذهب ، وعليه جماهير

(١ - ١) في م : « مهرا في الأخرى » .

ولم نجد هذا اللفظ في حديث ابن عمر ، ولكن أخرج البيهقي عن جابر : ... والشغار أن ينكح هذه بغير صداق ، بضع هذه صداق هذه ، وبضع هذه صداق هذه . انظر السنن الكبرى ٢٠٠/٧ . وقال الحافظ عن قول الرافعي : بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى . لم أجد هذه في الحديث ، وإنما هو تفسير ابن جريج ، كما بين ذلك البيهقي . تلخيص الخبير ١٥٣/٣ . وقد بين ذلك البيهقي ، في : معرفة السنن والآثار ٣٣٩/٥ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

تَزَوَّجَنِي ابْنَتَكَ ، وَمَهْرُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مِائَةٌ - أَوْ - مَهْرُ ابْنَتِي مِائَةٌ ، وَمَهْرُ ابْنَتِكَ خَمْسُونَ . أَوْ أَقْلٌ أَوْ أَكْثَرُ ، فَاَلْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ صَحِّحُهُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ، وَلِأَنَّهُ ^(١) قَدْ سَمِيَ صَدَاقًا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَشْرُطْ ذَلِكَ (وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لَا يَصِحُّ) لِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَلَمَّا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٢) عَنْ الْأَعْرَجِ ، أَنَّ الْعَبَّاسَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْعَبَّاسِ ، أَنْكَحَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الْحَكَمِ ابْنَتَهُ ، وَأَنْكَحَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ [٢٧/٦ ط] ابْنَتَهُ ، وَكَانَا جَعَلَا صَدَاقًا ، فَكَتَبَ مُعَاوِيَةُ إِلَى مَرْوَانَ ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَقَالَ فِي كِتَابِهِ : هَذَا الشُّغَارُ الَّذِي نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . وَلِأَنَّهُ شَرَطَ نِكَاحَ إِحْدَاهُمَا لِنِكَاحِ ^(٣) الْأُخْرَى ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا

الأَصْحَابِ . قَالَ الزُّرَّكَاشِيُّ : عَلَيْهِ عَامَّةُ الْأَصْحَابِ . وَصَحَّحَهُ النَّاطِلُ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لَا يَصِحُّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « الْخِلَافِ » ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « الْإِنْتِبَاحِ » . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ رِوَايَةً . وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ إِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ : وَبُضِعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مَهْرُ الْأُخْرَى . وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ ، صَحَّ . اخْتَارَهُ [٢٩/٣ ط] فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍ فِي « تَذْكِرَتِهِ » .

(١) فِي م : « كَأَنَّهُ » .

(٢) فِي : بَابُ فِي الشُّغَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٧٩/١ . كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ

٩٤/٤ . وَحَسَنَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٣٠٧/٦ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « كَتَكَاحِ » .

لو لم يُسمَّيًا صَدَاقًا . يُحَقِّقُهُ أَنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ لَيْسَ بِمُفْسِدٍ لِلْعَقْدِ ، بِدَلِيلِ نِكَاحِ الْمُفَوَّضَةِ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْمُفْسِدَ هُوَ الشَّرْطُ ، وَقَدْ وُجِدَ ، وَلِأَنَّهُ سَلَفٌ^(١) فِي عَقْدٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ ثَوْبِي بِعَشْرَةٍ عَلَى أَنْ تَبْعَنِي ثَوْبَكَ بِعَشْرِينَ . وَهَذَا «الْاِخْتِلَافُ فِيمَا»^(٢) إِذَا لَمْ يُصَرَّحْ بِالتَّشْرِيكِ ، فَأَمَّا إِنْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ^(٣) ، وَمَهْرُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مِائَةٌ وَبُضِعَ الْآخَرَى . فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالتَّشْرِيكِ ، فَلَمْ يَصِحَّ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ^(٤) لَمْ يَذْكُرْ مُسَمًى .

فصل : ومتى قلنا بصحة العقد إذا سمَّيًا صَدَاقًا ، ففيه وجهان ؛ أَحَدُهُمَا ، تَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمْ يَرْضَ بِالْمُسَمًى إِلَّا بِشَرْطِ أَنْ يَتَزَوَّجَ وَلِيَّةً^(٥) صَاحِبِهِ ،

الإنصاف قال في «الرُّعَايَةِ» : وَهُوَ أَوَّلَى . قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : وَظَاهِرُ كَلَامِ ابْنِ الْجَوَازِيِّ يَصِحُّ مَعَهُ بِتَّسْمِيَةٍ . وَذَكَرَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَجْهًا ، وَاخْتَارَهُ ؛ أَنَّ بَطْلَانَهُ لَاشْتِرَاطِ عَدَمِ الْمَهْرِ . قَالَ : وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ قَوْلُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقُدَمَاءِ أَصْحَابِهِ ؛ كَالْخَلَّالِ وَصَاحِبِهِ .

تنبیه : مُرَادُهُ بِقَوْلِهِ : فَإِنْ سَمَّوْا مَهْرًا ، صَحَّ . أَنَّ يَكُونَ الْمَهْرُ مُسْتَقِيلًا ، غَيْرَ قَلِيلٍ ، وَلَا حِيلَةَ . نَصُّ عَلَيْهِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ إِنْ كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَإِلَّا فَلَا . فَعَلَى

(١) في م : « متلف » .

(٢ - ٢) في م : « لا اختلاف فيه » .

(٣) في م : « ابنك » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « مولية » .

فَنَقَصَ الْمَهْرُ لِهَذَا الشَّرْطِ ، وَهُوَ بَاطِلٌ ، فَإِذَا اخْتَجْنَا إِلَى ضَمَانِ النِّقْصِ ، صَارَ الْمُسَمَّى مَجْهُولًا ، فَبَطَلَ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي «الْجَامِعِ» ، أَنَّهُ يَجِبُ الْمُسَمَّى ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ قَدْرًا مَعْلُومًا يَصْلُحُ^(١) أَنْ يَكُونَ مَهْرًا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي^(٢) عَلَى أَلْفٍ ، عَلَى أَنَّ لِي مِنْهَا مِائَةٌ .

فصل : فَإِنْ سَمَّى لِإِحْدَاهُمَا مَهْرًا دُونَ الْأُخْرَى ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَفْسُدُ النِّكَاحُ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ فَسَدَ فِي إِحْدَاهُمَا ، فَفَسَدَ فِي الْأُخْرَى . وَالأَوَّلَى أَنَّهُ يَفْسُدُ فِي الَّتِي لَمْ يُسَمَّ لَهَا صَدَاقًا ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا خَلَا مِنْ صَدَاقٍ سِوَى نِكَاحِ الْأُخْرَى . وَيَكُونُ فِي الَّتِي سَمَّى لَهَا صَدَاقًا رِوَايَتَانِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَسْمِيَةٌ وَشَرْطًا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرًا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي هَكَذَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ جَارِيَتِي هَذِهِ عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ ، «وَتَكُونُ رَقَبَتُهَا»^(٣) صَدَاقًا لَابْنَتِكَ . لَمْ يَصِحَّ تَزْوِيجُ الْجَارِيَةِ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ لَهَا صَدَاقًا سِوَى تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ . وَإِذَا زَوَّجَهُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يَجْعَلَ رَقَبَةَ الْجَارِيَةِ صَدَاقًا لَهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ

الْمَذْهَبِ ، لَوْ سَمَّى لِإِحْدَاهُمَا مَهْرًا ، وَلَمْ يُسَمَّ لِلْأُخْرَى شَيْءً ، فَسَدَ نِكَاحُ مَنْ لَمْ يُسَمَّ لَهَا صَدَاقٌ ، لَا غَيْرُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَهَذَا أَوَّلَى . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَفْسُدُ النِّكَاحُ فِيهِمَا . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْكُبْرَى» .
فائدة : لَوْ جَعَلَا بُضْعَ كُلِّ وَاحِدَةٍ وَدَرَاهِمَ مَعْلُومَةً صَدَاقَ الْأُخْرَى ، لَمْ يَصِحَّ

(١) فِي م : « يَصَحُّ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣ - ٣) فِي م : « وَيَكُونُ عَقَبًا » .

وَالثَّانِي ، نِكَاحُ الْمُحْلَلِ ، وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَحْلَاهَا الْمَقْنَعُ طَلَّقَهَا .

الشرح الكبير

صَدَاقًا . وَإِنْ زَوَّجَ عَبْدَهُ امْرَأَةً ، وَجَعَلَ رَقَبَتَهُ صَدَاقًا لَهَا ، لَمْ يَصِحَّ الصَّدَاقُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَرْأَةِ زَوْجُهَا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ ، فَيَفْسُدُ الصَّدَاقُ ، وَيَصِحُّ النِّكَاحُ ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ .

(الثاني ، نِكَاحُ الْمُحْلَلِ ، وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَحْلَاهَا طَلَّقَهَا) نِكَاحُ الْمُحْلَلِ بَاطِلٌ حَرَامٌ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ الْمُبَارَكِ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَسَوَاءٌ [١٢٨/٦] قَالَ : زَوَّجْتُكَهَا إِلَى أَنْ تَطَّأَهَا . أَوْ شَرَطَ أَنَّهُ إِذَا أَحْلَاهَا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ إِذَا أَحْلَاهَا لِلأَوَّلِ طَلَّقَهَا . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الصُّوَرَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ : لَا يَصِحُّ . وَفِي الثَّلَاثَةِ : عَلَى قَوْلَيْنِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلَلَ وَالْمُحْلَلَةَ لَهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَةَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَالْعَمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ

الإيضاح

عَلَى الصَّحِيحِ . وَقِيلَ : يَبْطُلُ الشَّرْطُ وَحْدَهُ .

قَوْلُهُ : الثَّانِي ، نِكَاحُ الْمُحْلَلِ ، وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَحْلَاهَا طَلَّقَهَا . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ نِكَاحَ الْمُحْلَلِ بَاطِلٌ مَعَ شَرْطِهِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي التَّحْلِيلِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ١ / ٤٧٩ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْحَلِّ وَالْمُحْلَلِ لَهُ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْمَدِيِّ ٥ / ٤٣ ، ٤٤ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْحَلِّ وَالْمُحْلَلِ لَهُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ١ / ٦٢٢ .

أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ؛ منهم عمر بن الخطاب ، وعثمان ،
(١) وعبد الله بن عمر ، وهو قول الفقهاء من التابعين . ورؤي ذلك عن
علي ، وابن مسعود ، وابن عباس . وقال ابن مسعود : المَحْلَلُ
والمَحْلَلُ لَهُ مَلْعُونُونَ ، على لسان محمد ﷺ . (٢) ورؤي ابن ماجه (٣) عن
عقبة بن عامر ، أن النبي ﷺ قال : « أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ » .
قالوا : بلى يا رسول الله . قال : « هو المَحْلَلُ » (٤) ، لَعَنَ اللَّهُ المَحْلَلُ (٥)

الأصحاب ، وعنه ، يصحُّ العقدُ ، وَيُطْلُ الشَّرْطُ . ذَكَرَهَا جَمَاعَةٌ . قال
الزَّركَشِيُّ : وَخَرَجَ الْقَاضِي أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً يُطْلَانِ الشَّرْطِ وَصِحَّةِ الْعَقْدِ
مِنْ (٥) اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ . وَخَرَجَهَا ابْنُ عَقِيلٍ مِنَ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ .

= كما أخرجه النسائي ، في : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب الموتشحات ... ، من
كتاب الزينة . المجتبى ٦ / ١٢١ ، ٨ / ١٢٧ . والدارمي ، في : باب في النهي عن التحليل ، من كتاب النكاح .
سنن الدارمي ٢ / ١٥٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٨٣ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩٣ ، ١٠٧ ، ١٢١ ، ١٣٣ ،
١٥٠ ، ١٥٨ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٢ ، ٢ / ٢٢ .

(١ - ١) كذا في النسختين والمغني ، وعند الترمذي : « عبد الله بن عمرو » .

(٢) أخرجه الترمذي ، في : باب في المحل والمحلل له ، من أبواب النكاح . عارضة الأخوذى ٥ / ٤٤ . والنسائي ،
في : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٢١ . والدارمي ، في : باب في النهي عن
التحليل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٥٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤٥٠ ، ٤٥١ ،
٤٦٢ .

(٣) في : باب المحلل والمحلل له ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٣ .

كما أخرجه الحاكم ، في : باب لعن الله المحل والمحلل له ، من كتاب الطلاق . المستدرک ٢ / ١٩٨ . والبيهقي ، في :
باب ما جاء في نكاح المحلل ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٨ .

(٤) في الأصل : « المحل » .

(٥) بعده في الأصل : « مسلمة » .

فَإِنْ نَوَىٰ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، لَمْ يَصِحَّ أَيُّضًا ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ .
وَقِيلَ : يُكْرَهُ وَيَصِحُّ .

الشرح الكبير

وَالْمُحْلَلُ لَهُ . وَرَوَى ^(١) الْأَثَرُ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ قَبِيصَةَ عَنْ جَابِرٍ ، قَالَ سَمِعْتُ عَمَرَ ^(٢) (وَهُوَ) يَخْطُبُ النَّاسَ وَهُوَ يَقُولُ : وَاللَّهِ لَا أُوتَى بِمُحِلٍّ ^(٣) وَلَا مُحْلَلٍ لَهُ إِلَّا رَجَمْتُهُمَا ^(٤) . وَلِأَنَّهُ نِكَاحٌ إِلَى مُدَّةٍ ، أَوْ فِيهِ شَرْطٌ يَمْنَعُ بَقَاءَهُ ، فَأَشْبَهَ نِكَاحَ الْمُتْعَةِ .

٣١٧٧ - مسألة : (فَإِنْ نَوَىٰ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، لَمْ يَصِحَّ أَيُّضًا ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : يُكْرَهُ وَيَصِحُّ) إِذَا تَوَاطَا عَلَيْهِ قَبْلَ الْعَقْدِ ، وَلَمْ يُذَكَّرْ ^(٥) فِي الْعَقْدِ وَنَوَاهُ ^(٦) ، أَوْ نَوَىٰ التَّحْلِيلَ ^(٧) مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ أَيُّضًا . قَالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَعِيدٍ : سَأَلْتُ أَحْمَدَ عَنِ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ ، وَفِي نَفْسِهِ أَنْ يُحْلِلَهَا ^(٨) لَزَوْجِهَا الْأَوَّلِ ، وَلَمْ تَعْلَمْ الْمَرْأَةُ بِذَلِكَ . قَالَ : هُوَ

قوله : فَإِنْ نَوَىٰ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، لَمْ يَصِحَّ أَيُّضًا ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَهُوَ كَمَا قَالَ . وَقِيلَ : يُكْرَهُ ، وَيَصِحُّ . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَحَكَاهُ الشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَمَنْ تَبِعَهُمَا ،

(١) فِي م : « رَوَاهُ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « بِمُحْلَلٍ » .

(٤) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ٢٦٥/٦ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي سَنَنِهِ ٤٩/٢ ، ٥٠ . وَابْنُ أَبِي

فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٠٨/٧ .

(٥ - ٥) فِي م : « هَلْ نَوَاهُ » .

(٦) فِي م : « الْمَحْلَلُ » .

(٧) فِي م : « يَحْلِلُهَا » .

مُحَلَّلٌ إِذَا أَرَادَ بِذَلِكَ الْإِحْلَالَ ، (وهو^(١) مَلْعُونٌ . وهذا ظاهرُ قولِ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَرَوَى نَافِعٌ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ لَهُ : امْرَأَةٌ تَزَوَّجْتُهَا أُحِلُّهَا لَزَوْجِهَا ، لَمْ يَأْمُرْنِي ، وَلَمْ يَعْلَمْ . قَالَ : لَا ، إِلَّا^(٢) نِكَاحَ رَغْبَةٍ ، إِنْ أَعْجَبَتْكَ أَمْسِكْهَا ، وَإِنْ كَرِهَتْهَا فَارِقْهَا . قَالَ : وَإِنْ كُنَّا نَعُدُّهُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَفَاحًا . وَقَالَ : لَا يَزَالَانِ زَانِيَيْنِ وَإِنْ مَكَّنَّا عَشْرِينَ سَنَةً ، إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُحِلَّهَا^(٣) . وهذا قولُ عِثْمَانَ ابْنِ عِفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَجَاءَ رَجُلٌ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ ، فَقَالَ : إِنْ عَمِّي طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا ، أَيَحِلُّهَا لَهُ رَجُلٌ ؟ قَالَ : مَنْ يُخَادِعُ اللَّهَ يَخْدَعُهُ^(٤) . وهذا قولُ الْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَبَكْرِ الْمُرَزِيِّ ، وَاللَيْثِ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ : الْعَقْدُ صَحِيحٌ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي صِحَّتِهِ وَجْهًا مِثْلَ قَوْلِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ خَلَا عَنْ شَرْطِ يُفْسِدُهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ نَوَى طَلَاقَهَا لِغَيْرِ الْإِحْلَالِ ، أَوْ مَا لَوْ نَوَتْ

رِوَايَةً . وَمَنْعَ ذَلِكَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَيُؤْخَذُ مِنَ الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ الشَّرْطُ فِي الْعَقْدِ ، فَلَوْ نَوَى قَبْلَ الْعَقْدِ ، وَلَمْ يَرْجِعْ

(١) - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل : « يحللها » .

والأثر أخرجه الحاكم بنحوه ، في : المستدرک ١٩٩/٢ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٢٠٨/٧ . وصححه في الإرواء ٣١١/٦ ، ٣١٢ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٣٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب التعدى في الطلاق ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٢٦٢ .

المرأة ذلك ، ولأنَّ العَقْدَ [١٢٨/٦ ط] إِنَّمَا يَنْطَلُ بِمَا شَرِطَ لَا بِمَا قَصِدَ ، بدليل ما لو اشْتَرَى عَبْدًا بِشَرِطٍ أَنْ يَبِيعَهُ ، لم يَصِحَّ ، ولو نَوَى ذلك لم يَنْطَلُ ، ولأنَّه قد رُوِيَ عن عمر ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، ما يَدُلُّ على إِجَازَتِهِ ، فَرَوَى أَبُو حَفْصٍ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ ، قال : قَدِمَ مَكَّةَ رَجُلٌ وَمَعَهُ إِخْوَةٌ لَهُ صِغَارٌ ، وَعَلَيْهِ إِزَارٌ ، مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ رُقْعَةٌ ، وَمِنْ خَلْفِهِ رُقْعَةٌ ، فَسَأَلَ عُمَرَ ، فَلَمْ يُعْطِهِ شَيْئًا ، فَبَيْنَمَا هُوَ كَذَلِكَ إِذْ نَزَعَ الشَّيْطَانُ بَيْنَ رَجُلٍ مِنْ قَرِيشٍ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ فَطَلَّقَهَا ، فَقَالَ لَهَا : هَلْ لَكَ أَنْ تُعْطِيَ ذَا الرُّقْعَتَيْنِ شَيْئًا ، وَيُحْلِلَكَ^(١) لِي ؟ قَالَتْ : نَعَمْ ، إِنْ شِئْتَ . فَأَخْبَرُوهُ بِذَلِكَ . قَالَ : نَعَمْ . فَتَزَوَّجَهَا وَدَخَلَ بِهَا . فَلَمَّا أَصْبَحَتْ أَدْخَلَتْ إِخْوَتَهُ^(٢) الدَّارَ ، فَجَاءَ الْقَرَشِيُّ يُحِوْمُ حَوْلَ الدَّارِ ، وَيَقُولُ : يَا وَيْلَهُ ، غُلِبَ عَلَى امْرَأَتِهِ^(٣) . فَاتَى عُمَرَ ، فَقَالَ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ، غُلِبْتُ عَلَى امْرَأَتِي . قَالَ : مَنْ غَلَبَكَ ؟ قَالَ : ذُو الرُّقْعَتَيْنِ . قَالَ : أُرْسِلُوا إِلَيْهِ . فَلَمَّا جَاءَهُ الرَّسُولُ ، قَالَتْ لَهُ الْمَرْأَةُ : كَيْفَ مَوْضِعُكَ مِنْ قَوْمِكَ ؟ قَالَ : لَيْسَ بِمَوْضِعِي^(٤) بَأْسٌ . قَالَتْ^(٥) : إِنْ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ يَقُولُ لَكَ : طَلَّقِ امْرَأَتَكَ . فَقُلْ^(٦) : لَا ، وَاللَّهِ

عنها ، فهو نِكَاحٌ مُحْلَلٌ ، وَإِنْ رَجَعَ عَنْهَا ، وَنَوَى عِنْدَ الْعَقْدِ أَنَّهُ نِكَاحُ رَغْبَةٍ ، الإِنْصَافُ

(١) فِي م : « وَيَحْك » .

(٢) فِي الْأَصْل : « أَخُوهُ » .

(٣) فِي م : « امْرَأَتِي » .

(٤) فِي م : « بِمَوْضِع » .

(٥) فِي الْأَصْل : « قَالَ » .

(٦) بَعْدَهُ فِي م : « لَهُ » .

لَا أُطَلِّقُهَا . فَإِنَّهُ لَا يُكْرَهُ هَكَذَا . فَأَلْبَسَتْهُ حُلَّةً ، فَلَمَّا رَأَاهُ عُمَرُ مِنْ بَعِيدٍ ، قَالَ : الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي رَزَقَ ذَا الرُّقْعَتَيْنِ . فَدَخَلَ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : أَتَطْلُقُ امْرَأَتَكَ ؟ قَالَ : لَا ، وَاللَّهِ لَا أُطَلِّقُهَا . قَالَ عُمَرُ : لَوْ طَلَّقْتَهَا لَأَوْجَعْتُ رَأْسَكَ بِالسَّوْطِ . وَرَوَاهُ سَعِيدٌ^(١) ، عَنْ هُشَيْمٍ ، عَنْ يُونُسَ بْنِ عُبَيْدٍ ، عَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، نَحْوًا مِنْ هَذَا ، وَقَالَ : مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ . وَهَذَا قَدْ تَقَدَّمَ فِيهِ الشَّرْطُ عَلَى الْعَقْدِ ، وَلَمْ يَرَبْهُ عُمَرُ بَأْسًا . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلَلَ وَالْمُحْلَلَةَ لَهُ » . وَقَوْلُ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَا مُخَالَفَ لَهُمْ ، فَيَكُونُ إجماعًا ، وَلأنَّه قَصَدَ بِهِ التَّحْلِيلَ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَهُ . أَمَّا حَدِيثُ ذِي الرُّقْعَتَيْنِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : لَيْسَ لَهُ إِسْنَادٌ . يَعْنِي أَنَّ ابْنَ سِيرِينَ لَمْ يَذْكُرْ إِسْنَادَهُ إِلَى عُمَرَ . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : هُوَ مُرْسَلٌ . فَأَيْنَ هُوَ مِنَ الَّذِي سَمِعُوهُ يَخْطُبُ بِهِ عَلَى الْمِنْبَرِ : لَا أُوتَى بِمُحْلَلٍ وَلَا مُحْلَلٍ لَهُ إِلَّا رَجَمْتُهُمَا . وَلأنَّه لَيْسَ فِيهِ أَنَّ ذَا الرُّقْعَتَيْنِ قَصَدَ التَّحْلِيلَ ، وَلَا نَوَاهُ ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ ، لَمْ يَتَنَاوَلَ مَحَلَّ النِّزَاعِ .

فصل : فَإِنْ شَرِطَ عَلَيْهِ أَنْ يُحْلِلَهَا قَبْلَ الْعَقْدِ ، فَتَوَى بِالْعَقْدِ غَيْرَ مَا شَرَطُوا عَلَيْهِ ، وَقَصَدَ نِكَاحَ رَغْبَةٍ ، صَحَّ الْعَقْدُ ؛ لِأنَّه خَلَا عَنْ نِيَّةِ التَّحْلِيلِ وَشَرَطِهِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَذْكُرْ ذَلِكَ ، وَعَلَى هَذَا يُحْمَلُ حَدِيثُ ذِي الرُّقْعَتَيْنِ . فَإِنْ قَصَدَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ وَلِيِّهَا التَّحْلِيلَ دُونَ الزَّوْجِ ، لَمْ يُؤْثَرْ ذَلِكَ

الإنصاف . صَحَّ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ .

(١) في : باب ماجاء في المحلل والمحلل له . سنن سعيد ٥٠/٢ ، ٥١ . كما أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٦٧/٦ مختصرًا ، ٢٦٨ . والبيهقي ، في : الشنن الكبرى ٢٠٩/٧ . وضعفه في الإرواء ٣١٢/٦ .

في العقد . وقال الحسن ، وإبراهيم : إذا همَّ أحدُ الثلاثة ، فسَدَ النِّكاحُ . قال أحمدُ : كان الحسنُ وإبراهيمُ والتابعون ، يُشَدِّدُونَ « في ذلك »^(١) . قال أحمدُ : الحديثُ عن النبي ﷺ : [١٢٩/٦] « أترِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ ؟ »^(٢) . وَنِيَّةُ الْمَرْأَةِ لَيْسَ بِشَيْءٍ ، إِنَّمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلَلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ » . وَلَأَنَّ الْعَقْدَ إِنَّمَا يَنْطَلُ بِنِيَّةِ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي إِلَيْهِ الْمُفَارَقَةُ وَالْإِمْسَاكُ ، أَمَّا الْمَرْأَةُ فَلَا تَمْلِكُ رَفْعَ الْعَقْدِ ، فَوْجُودُ نِيَّتِهَا وَعَدَمُهَا سَوَاءٌ ، وَكَذَلِكَ الزَّوْجُ الْأَوَّلُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا مِنَ الْعَقْدِ ، وَلَا مِنْ رَفْعِهِ ، فَهُوَ أَجْنَبِيٌّ كَسَائِرِ الْأَجَانِبِ . فَإِنْ قِيلَ : فَكَيْفَ لَعَنَهُ النَّبِيُّ ﷺ ؟ قُلْنَا : إِنَّمَا لَعَنَهُ إِذَا رَجَعَ إِلَيْهَا بِذَلِكَ التَّحْلِيلِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَحِلَّ لَهُ ، فَكَانَ زَانِيًا ، فَاسْتَحَقَّ اللَّعْنََةَ لَذَلِكَ .

تنبيه : ظاهرُ كلامِ الْمُصَنِّفِ ، وكلامِ غيره ، أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا نَوَتْ ذَلِكَ لَا يُؤَثِّرُ في العقدِ . وهو الصَّحِيحُ . وقال في « الواضح » : نِيَّتُهَا كَبَيْتُهُ . وقال في « الرُّوضَةِ » : نِكَاحُ الْمُحْلَلِ بَاطِلٌ إِذَا اتَّفَقَا . فَإِنْ اعْتَقَدَتْ ذَلِكَ بَاطِلًا ، وَلَمْ تُظْهِرْهُ ، صَحَّ في الْحُكْمِ ، وَبَطُلَ فيما بَيْنَهَا وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى . انتهى . وَيَصِحُّ النِّكَاحُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب من أجاز طلاق الثلاث ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب الإضرار المهدب ، من كتاب اللباس ، وفي : باب التيسم والضحك ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ٥٥/٧ ، ١٨٤ ، ٢٧/٨ . ومسلم ، في : باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٥٥/٢ ، ١٠٥٦ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من يطلق امرأته ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤٢/٥ . وابن ماجه ، في : باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا ... ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢١/١ ، ٦٢٢ . والدارمي ، في : باب ما يحل للمرأة لزوجها ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦١/٢ ، ١٦٢ . والإمام مالك ، في : باب نكاح المحلل وما أشبهه ، من كتاب النكاح . للوطأ ٥٣١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٤/٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

فصل : وإن اشترى عبداً فزوجه إياه ، ثم وهبها العبد أو بعضه لينفسخ النكاح بملكها ، لم يصح . قال أحمد في رواية حنبل : إذا طلقها ثلاثاً ، وأراد أن يراجعها ، فاشترى عبداً وزوجه إياه ، فهذا الذي نهى عنه عمر ، يودبان جميعاً ، وهذا فاسد ، ليس بكفء ، وهو شبه المحلل . وعلل أحمد فساده بشيئين ؛ أحدهما ، أنه شبه المحلل ؛ لأنه إنما زوجه إياه ليحلها^(١) له . والثاني ، كونه ليس بكفء لها . ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل ؛ لأن المعتبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره ، (و لم ينو^(٢)).

إلى الممات . قاله الأصحاب .

فائدة : لو اشترى عبداً وزوجه بمطلقته^(٣) ثلاثاً ، ثم وهبها العبد أو بعضه ؛ لينفسخ نكاحها ، لم يصح . قال الإمام أحمد ، رحمه الله : إذا طلقها ثلاثاً ، وأراد أن يراجعها ، فاشترى عبداً وزوجه بها ، فهذا الذي نهى عنه عمر ، رضي الله عنه ، يودبان جميعاً . وهذا فاسد ، ليس بكفء ، وهو شبه المحلل . قال في « الفروع » : وتزويجها المطلق ثلاثاً لعنده بنية هبته ، أو بيعه منها ؛ لينفسخ النكاح ، كنية الزوج ، ومن لا فرقة بيده ، لا أثر لنيته . وقال ابن عقيل في « الفنون » ، في من طلق زوجته الأمة ثلاثاً ، ثم اشتراها ؛ لتأسفه على طلاقها . حلها بعيد في مذهبه ؛ لأنه^(٤) يقف على زوج وإصابة ، ومتى زوجها - مع ما

(١) في م : « لتحل » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) في الأصل ، ط : « بالمطلقة » .

(٤) في ط : « لا » .

فصل : ونكاح المحلل فاسدٌ ، تثبت فيه أحكام العقود الفاسدة^(١) ، ولا يحصل به الإحصان ، ولا الإباحة للزوج الأول ، كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة . فإن^(٢) قيل : قد سمّاه النبي ﷺ مُحَلَّلًا ، وسمّى الزوج مُحَلَّلًا له ، ولو لم يحصل الحِلُّ لم يكن مُحَلَّلًا ولا مُحَلَّلًا له . قلنا : سمّاه مُحَلَّلًا^(٣) ؛ لأنه قصد التحليل في موضع لا

ظهر من تأسفه عليها - لم يكن قصده بالنكاح إلا التحليل ، والقصد عندنا يؤثر في النكاح ؛ بدليل ما ذكره أصحابنا ؛ إذا تزوج العَرِيبُ بِنَيْةٍ طلاقها إذا خرج من البلد ، لم يصحّ . ذكره في « الفروع » . قال المصنّف ، والشارح : ويَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ النِّكَاحُ إِذَا لَمْ يَقْصِدِ الْعَبْدُ التَّحْلِيلَ .^(٤) وقال العلامة ابن القيم في « إعلام الموقعين » : لو أخرجت من مالها ثمن مملوك ، فوهبته لبعض من تثق به ، فاشتري به مملوكًا ، ثم خطبها على مملوكه ، فزوجه منه ، فدخل بها المملوك ، ثم وهبها لِيَاة ، انفسخ النكاح ، ولم يكن هناك تحليلٌ مشروطٌ ولا منويٌّ ممن تؤثر نيته وشرطه ، وهو الزوج ، فإنه لا أثر لنية الزوجة ، ولا الولي . قال : وقد صرح أصحابنا بأن ذلك يُحِلُّهَا . فقال في « المغني » : فإن تزوجه مملوكٌ ووطئها ، أحلها . انتهى . وهذه الصورة غير التي منع منها الإمام أحمد ، رحمه الله ، فإنه منع من حلها ، إذا كان المطلق الزوج ، واشترى العبد وزوجه بإذن وليها ليحلها . انتهى^(٥) .

(١) بعده في م : « فإنه قن » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

المقنع **الثَّالِثُ ، نِكَاحُ الْمُتَعَةِ ، وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِلَى مُدَّةٍ**

الشرح الكبير **يَحْصُلُ فِيهِ الْحِلُّ ، كَمَا قَالَ : « مَا آمَنَ بِالْقُرْآنِ مَنْ اسْتَحَلَّ مَحَارِمَهُ »^(١) .**
وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا ﴾^(٢) . وَلَوْ كَانَ
مُحَلَّلًا^(٣) فِي الْحَقِيقَةِ وَالْآخِرُ مُحَلَّلًا لَهُ ، لَمْ يَكُونَا مَلْعُونَيْنِ .

(الثالث ، نِكَاحُ الْمُتَعَةِ ، وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِلَى مُدَّةٍ) مِثْلُ أَنْ يَقُولَ :
زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي شَهْرًا - أَوْ - سَنَةً - أَوْ - إِلَى انْقِضَاءِ الْمَوْسِمِ - أَوْ^(٤) -
قُدُومِ الْحَاجِّ . وَشَبَّهَهُ ، سَوَاءً كَانَتِ الْمُدَّةُ مَعْلُومَةً أَوْ مَجْهُولَةً ، فَهُوَ
بَاطِلٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : نِكَاحُ الْمُتَعَةِ حَرَامٌ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهَا
رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا مَكْرُوهَةٌ غَيْرُ حَرَامٍ ؛ لِأَنَّ ابْنَ مَنصُورٍ سَأَلَ أَحْمَدَ عَنْهَا ،
فَقَالَ : يَجْتَنِبُهَا أَحَبُّ إِلَيَّ . قَالَ : فَظَاهِرُ هَذَا الْكِرَاهَةِ دُونَ التَّحْرِيمِ . وَغَيْرُ
أَبِي بَكْرٍ مِنْ أَصْحَابِنَا يَمْنَعُ هَذَا ، وَيَقُولُ : الْمَسْأَلَةُ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ فِي
تَحْرِيمِهَا . وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ وَالْفُقَهَاءِ . وَمِمَّنْ رَوَى^(٥) عَنْهُ

الإصناف **قَوْلُهُ : الثَّالِثُ ، نِكَاحُ الْمُتَعَةِ ، وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِلَى مُدَّةٍ . الصَّحِيحُ مِنَ**
الْمَذْهَبِ ، أَنَّ نِكَاحَ الْمُتَعَةِ لَا يَصِحُّ ، وَعَلَيْهِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ،
وَالْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، يُكْرَهُ وَيَصِحُّ . ذَكَرَهَا أَبُو بَكْرٍ فِي « الْخِلَافِ » ، وَأَبُو

(١) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ غِيلَانَ ، مِنْ أَبْوَابِ فَضَائِلِ الْقُرْآنِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيُّ
٤٠/١١ . وَقَالَ : هَذَا حَدِيثٌ لَيْسَ إِسْنَادُهُ بِالْقَوِيِّ . وَانْظُرْ ضَعِيفَ سَنَنِ التِّرْمِذِيِّ ٣٥٢ .

(٢) سُورَةُ التَّوْبَةِ ٣٧ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مَحَلًا » .

(٤) فِي م : « وَ » .

(٥) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « ذَلِكَ » .

تَحْرِيمُهَا ؛ عَمْرٌ ، وَعَلِيٌّ ، (١) وَابْنُ عَمْرٍ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ ، وَابْنُ الزُّبَيْرِ .
 قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ (٢) : وَعَلَى تَحْرِيمِ الْمُتَعَةِ مَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَأَبُو
 حَنِيفَةَ فِي أَهْلِ الْكُوفَةِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ فِي أَهْلِ الشَّامِ ، وَاللَّيْثُ فِي أَهْلِ
 مِصْرَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَسَائِرُ أَصْحَابِ الْأَثَارِ . وَقَالَ زُفَرٌ : يَصِحُّ النِّكَاحُ ،
 وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ . وَحُكِيَ (٣) عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهَا جَائِزَةٌ . وَعَلَيْهِ أَكْثَرُ
 أَصْحَابِهِ ؛ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ جُرَيْجٍ . وَحُكِيَ (٤) ذَلِكَ عَنْ أَبِي
 سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ ، وَجَابِرٍ . وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الشُّيْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ
 [١٢٩/٦ ط] أَذِنَ فِيهَا . وَرَوَى أَنَّ عَمَرَ قَالَ : مُتَعَتَانِ كَانَتَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ
 اللَّهِ ﷺ أَنَا أَنْهَى عَنْهُمَا ، وَأَعَاقَبُ عَلَيْهِمَا ؛ مُتَعَةُ النِّسَاءِ ، وَمُتَعَةُ
 الْحَجِّ (٥) . وَلِأَنَّهُ عَقَدُ عَلَى مَنَفَعَةٍ ، فَجَازَ مُوقَّتًا ، كَالْإِجَارَةِ . وَلَنَا ، مَا
 رَوَى الرَّيِّعُ بْنُ سَبْرَةَ أَنَّهُ قَالَ : أَشْهَدُ عَلَى أَبِي ، أَنَّهُ حَدَّثَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ

الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَقَالَ : رَجَعَ عَنْهَا الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . قَالَ الشَّيْخُ
 تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : تَوَقَّفَ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، عَنْ لَفْظِ الْحَرَامِ وَلَمْ
 يَنْفِهِ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : وَغَيْرُ أَبِي بَكْرٍ [٢٩/٣ ط] يَمْنَعُ هَذَا ، وَيَقُولُ :
 الْمَسْأَلَةُ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَقَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيُلْغَوْ
 التَّوَقُّيْتُ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في : التمهيد ١٢١/١٠ ، الاستذكار ٣٠٠/١٦ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٢٠٦/٧ .

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْهُ^(١) فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ^(٢) . وَفِي لَفْظٍ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَرَّمَ مُتَعَةَ النِّسَاءِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَفِي لَفْظٍ رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٤) ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : « يَا أَيُّهَا النَّاسُ ، إِنِّي كُنْتُ قَدْ^(٥) أَذِنْتُ لَكُمْ فِي الْأَسْتِمْتَاعِ ، إِلَّا وَإِنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَّمَهَا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ » . وَرَوَى سَبْرَةُ : أَمَرْنَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْمُتَعَةِ عَامَ الْفَتْحِ حِينَ دَخَلْنَا مَكَّةَ ، فَلَمْ نَخْرُجْ حَتَّى نَهَاَنَا عَنْهَا . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٦) . وَرَوَى عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ مُتَعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ ، وَعَنْ لُحُومِ الْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَرَوَاهُ مَالِكٌ فِي « الْمَوْطَأِ » ، وَأَخْرَجَهُ الْأَيْمَنُ ، النَّسَائِيُّ

فائدة : لو نَوَى بَقْلِهِ ، فَهُوَ كَمَا لو شَرَطَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَقَطَعَ الشَّيْخُ فِيهَا بِصِحَّتِهِ مَعَ النَّيَّةِ ، وَنَصَّهُ ، وَالْأَصْحَابُ خِلَافُهُ . انْتَهَى . وَقِيلَ : يَصِحُّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيع ،... من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٦/٢ ، ١٠٢٧ . وأبو داود ، في : باب في نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٨/١ ، ٤٧٩ . والنسائي ، في : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ١٠٣/٦ . والدارمي ، في : باب النهي عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٠٤/٣ ، ٤٠٥ .

(٣) في : باب في نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٩/١ .

(٤) في : باب النهي عن نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٣١/١ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب نكاح المتعة ،... من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٥/٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٠٦/٣ .

(٥) سقط من : م .

(٦) في : باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيع ثم نسخ ،... من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٧/٢ ، ١٠٢٨ .

وغيره^(١) . واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين ، فقال قوم : في حديث عليّ عليه السلام وتقدم وتأخير ، وتقديره أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، ونهى عن متعة النساء ، ولم يذكر ميقات النهي عنها ، وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه ، أنه كان في حجة الوداع . حكاه الإمام أحمد عن قوم ، وذكره ابن عبد البر^(٢) . وقال الشافعي : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرّمه ، ثم أحله^(٣) ثم حرّمه^(٤) ، إلا المتعة . فحمل الأمر على ظاهره ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم حرّمها يوم خيبر ، ثم أحلّها في حجة الوداع ثلاثة أيام ، ثم حرّمها . ولأنه لا^(٥) يتعلّق بها أحكام النكاح ؛ من

« المعنى » ، و « الشرح » ، وقالوا : هذا قول عامة أهل العلم ، إلا^(٥) الأوزاعي ، كما لو نوى ، إن وافقته ، وإلا طلقها . قال الشيخ تقي الدين ، رحمه

(١) أخرجه البخاري ، في : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازي ، وفي : باب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة آخرًا ، من كتاب النكاح ، وفي : باب لحوم الحمر الإنسية ، من كتاب الذبائح . صحيح البخاري ١٧٣/٥ ، ١٦/٧ ، ١٢٣ . ومسلم ، في : باب نكاح المتعة ... ، من كتاب النكاح ، وفي : باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ١٠٢٧/٢ ، ١٠٢٨ ، ١٥٣٧/٣ ، ١٥٣٨ . والترمذي ، في : باب ما جاء في تحريم نكاح المتعة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤٨/٥ . والنسائي ، في : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح ، وفي : باب تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٠٢/٦ ، ١٠٣ ، ١٧٩/٧ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٣١/١ . والدارمي ، في : باب في لحوم الحمر الأهلية ، من كتاب الأضاحي ، وفي : باب النهي عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٨٦/٢ ، ١٤٠ . والإمام مالك ، في : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٤٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٩/١ .

(٢) في : التمهيد ١٠٣/١ ، الاستذكار ١٦/٢٩٠ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

(٥) سقط من : ط .

الطَّلَاقِ ، وَالظُّهَارِ ، وَاللَّعَانِ ، وَالتَّوَارُثِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَسَائِرِ
الْأَنْكِحَةِ الْبَاطِلَةِ . وَأَمَّا قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فَقَدْ حُكِيَ عَنْهُ الرُّجُوعُ
عَنْهُ^(١) ، فَرَوَى أَبُو بَكْرٍ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، قَالَ : قُلْتُ لَابْنِ
عَبَّاسٍ لَقَدْ « أَكْثَرَ النَّاسُ »^(٢) فِي الْمُتَنَعَةِ ، حَتَّى قَالَ فِيهَا الشَّاعِرُ^(٣) :

أَقُولُ وَقَدْ طَالَ الثَّوَاءُ بِنَا مَعًا يَا صَاحِبَ هَلْ لَكَ فِي فُتْيَا ابْنِ عَبَّاسٍ
هَلْ لَكَ فِي رَخْصَةِ الْأَطْرَافِ آنَسَةٌ تَكُونُ مَثَوَاكَ حَتَّى مَصْدَرِ النَّاسِ^(٤)
فَقَامَ خَطِيئًا ، فَقَالَ : إِنَّ الْمُتَنَعَةَ كَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَلَحْمِ الْخِنْزِيرِ^(٥) .

وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ كَعْبٍ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : إِنَّمَا كَانَتِ الْمُتَنَعَةُ فِي أَوَّلِ
الْإِسْلَامِ ، كَانَ الرَّجُلُ يَقْدُمُ الْبَلَدَةَ لَيْسَ فِيهَا مَعْرِفَةٌ ، فَيَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ بِقَدْرِ
مَا يَرَى^(٦) أَنَّهُ يُقِيمُ ، فَتَحْفَظُ لَهُ مَتَاعَهُ ، وَتُصْلِحُ لَهُ شَيْئَهُ^(٧) ، حَتَّى نَزَلَتْ

اللَّهُ : لَمْ أَرِ أَحَدًا مِنَ الْأَصْحَابِ قَالَ : لَا بَأْسَ بِهِ ، وَمَا قَاسَ عَلَيْهِ ، لَا رَيْبَ أَنَّهُ
مُوجِبُ الْعَقْدِ ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ ، فَإِنَّهُ يُنَافِيهِ ؛ لِقَصْدِهِ التَّوْقِيتَ .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « كَثُرَتْ » .

(٣) أورد ابن قتيبة الحديث والبيتين ولم ينسبهما . عيون الأخبار ٩٥/٤ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْأَطْرَاقِ » ، « آيَسَةٌ » .

(٥) أخرجه البيهقي ، فِي : السنن الكبرى ٢٠٥/٧ . وانظر الإرواء ٣١٨/٦ ، ٣١٩ .

(٦) فِي م : « يَدْرِي » .

(٧) فِي م : « شَأْنُهُ » . والمثبت من الأصل ، وهو عند الترمذی ، فِي : باب ما جاء فِي تحريم نكاح المتعة ،

من أبواب النكاح . عارضة الأخوذی ٤٩/٥ ، ٥٠ .

وبلفظ : « شَأْنُهُ » . أخرجه البيهقي ، فِي : السنن الكبرى ٢٠٥/٧ ، ٢٠٦ . والحديث ضعفه الحافظ

فِي الْفَتْحِ ١٤٨/٩ .

وَنِكَاحُ شَرْطٍ فِيهِ طَلَّاقُهَا فِي وَقْتٍ المقنع

الشرح الكبير

هذه الآية : ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(١) . قال ابن عباس : فكلُّ فرجٍ سِوَاهُمَا حَرَامٌ . رواه الترمذی . فأما إذنُ النبي ﷺ فيها ، فقد ثبت نسْخُهُ ، وأما حديثُ عمرَ - إن صحَّ عنه - فالظاهرُ أَنَّهُ إِنَّمَا قَصَدَ الإِخْبَارَ عن تحريمِ النبي ﷺ لها ونَهْيِهِ [١٣٠/٦] عنها ، إِذْ لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْهَى عَمَّا كَانَ النبي ﷺ أَبَاحَهُ وَبَقِيَ على إِبَاحَتِهِ .

فصل : فَإِنْ تَزَوَّجَهَا بغيرِ^(٢) شَرْطٍ ، إِلَّا أَنْ فِي نَيْتِهِ طَلَّاقُهَا بَعْدَ شَهْرٍ ، أَوْ إِذَا انْقَضَتْ حَاجَتُهُ ، فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا الْأَوْزَاعِيَّ ، قَالَ : هُوَ نِكَاحٌ مُتَّعَةٌ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ ، وَلَا تَضُرُّ نَيْتُهُ ، وَلَيْسَ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَوَيَّ حَبَسَ امْرَأَتَهُ^(٣) إِنْ وَافَقَتْهُ ، وَإِلَّا طَلَّقَهَا .

٣١٧٨ - مسألة : وكذلك إن شرط أن يُطَلَّقَهَا فِي وَقْتٍ بَعَيْنِهِ ، فَلَا يَصِحُّ النِّكَاحُ ، سِوَاءَ كَانَ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا ، مِثْلَ أَنْ يُشْتَرَطَ عَلَيْهِ طَلَّاقُهَا

قوله : وَنِكَاحُ شَرْطٍ فِيهِ طَلَّاقُهَا فِي وَقْتٍ . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ إِذَا شَرَطَ فِي النِّكَاحِ طَلَّاقُهَا فِي وَقْتٍ ، حُكْمُهُ حُكْمُ نِكَاحِ الْمُتَّعَةِ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَنَصَّ عَلَيْهِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ النِّكَاحُ ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ .

(١) سورة المؤمنون ٦ ، سورة المعارج ٣٠ .

(٢) في م : « من غير » .

(٣) بعده في الأصل : « وحسبه » . وفي المغنى ٤٩/١٠ : « وحسبه » .

المقنع أو علق ابتداءه على شرط ، كقوله : زَوَّجْتُكَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . أو : إِنْ رَضِيتُ أُمُّهَا . فهذا كله باطلٌ مِنْ أَصْلِهِ .

الشرح الكبير

إِنْ قَدِمَ أَبُوْهَا أَوْ أُخُوْهَا . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ النِّكَاحُ وَيَبْطُلَ الشَّرْطُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَأُظْهِرُ قَوْلِي الشَّافِعِيَّ . قَالَ فِي عَامَّةِ كُتُبِهِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ وَقَعَ مُطْلَقًا ، وَإِنَّمَا شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ شَرْطًا ، وَذَلِكَ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا وَلَا يُسَافِرَ بِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا شَرْطٌ مَانِعٌ مِنْ بَقَاءِ النِّكَاحِ ، فَأَشْبَهَ نِكَاحَ الْمُتَّعَةِ ، وَلِأَنَّهُ شَرَطَ انْتِفَاءَ النِّكَاحِ فِي وَقْتٍ بَعِيْنِهِ ، أَشْبَهَ نِكَاحَ الْمُتَّعَةِ ، وَيُفَارِقُ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَشْتَرِطْ قَطْعَ النِّكَاحِ .

٣١٧٩ - مسألة : (وَإِنْ عُلِقَ ابْتِدَاءُهُ عَلَى شَرْطٍ ، كَقَوْلِهِ : زَوَّجْتُكَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . أو : إِنْ رَضِيتُ أُمُّهَا . فهذا كله باطلٌ مِنْ أَصْلِهِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ تَغْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّهُ وَقَفَ النِّكَاحُ عَلَى شَرْطٍ ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُهُ عَلَى شَرْطٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيَّ .

الإنصاف

قوله : أو علق ابتداءه على شرط ، كقوله : زَوَّجْتُكَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . أو : إِنْ رَضِيتُ أُمُّهَا . الصَّحِيْحُ مِنَ الْمَذْهَبِ يُطْلَأُ الْعَقْدُ فِي ذَلِكَ وَشِبْهِهِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : إِذَا عُلِقَ ابْتِدَاءُهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَسَدَ الْعَقْدُ ، عَلَى الْأَصَحِّ . كَالشَّرْطِ . وَصَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . قَالَ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ : وَلَا يَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفَائِقِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، الْعَقْدُ صَحِيْحٌ . وَبَعْدَهَا الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : ذَكَرَ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ رِوَايَتَيْنِ ، وَالْأَنْصُ مِنْ كَلَامِهِ جَوَاؤُهُ . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَرِوَايَةُ

النَّوْعُ الثَّانِي ، أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ [٢٠٨] لَا مَهْرَ لَهَا وَلَا نَفَقَةَ ، أَوْ
يَقْسِمَ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ أَمْرَاتِهِ الْأُخْرَى أَوْ أَقَلَّ ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ، وَيَصِحُّ
النِّكَاحُ .

الشرح الكبير

وعن مالكٍ نحوه . وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط إن رَضِيتْ أمُّها ، روايةٌ
أنَّ النِّكَاحَ صحيحٌ ؛ لأنَّه يَصِحُّ مع ^(١) الجَهْلِ بالعَوَضِ ، فلم يَبْطُلْ
بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، كَالْعَتَقِ ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .
(النوع الثاني ، أن يشرط أنه لا مهر لها ولا نفقة ، أو يقسم لها أكثر من
أمراته الأخرى أو أقل ، فالشرط باطل ، ويصح النكاح) وكذلك إن شرط

الصَّحَّةِ أَقْوَى . قَالَ فِي « الْفَائِقِ » : وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . وَعَنْهُ ،
يَصِحُّ ، نَصَرَهُ شَيْخُنَا ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ . انْتَهَى . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ
اللَّهُ : قَوْلُهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » : وَلَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِشَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . أَظُنُّ قَصْدَ بَذَلِكَ
الِاخْتِرَازَ عَنْ تَعْلِيْقِهِ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَدَخَلَ فِي ذَلِكَ إِذَا قَالَ : زَوَّجْتُكَ هَذَا
الْمَوْلُودَ إِنْ كَانَ أَنْثَى . أَوْ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي إِنْ كَانَتْ أَنْقَضَتْ عِدَّتُهَا . أَوْ : إِنْ لَمْ
تَكُنْ زَوَّجْتُ . وَنَحْوُ ذَلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الْحَاضِرَةِ وَالْمَاضِيَةِ . وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْجَدُّ
الْأَعْلَى ^(٢) ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، وَلَمْ أَرَهَا لِغَيْرِهِمَا . انْتَهَى .
وَتَقَدَّمَ كَلَامُ ابْنِ رَجَبٍ فِي « قَوَاعِيدِهِ » فِي أَوَّلِ بَابِ أَرْكَانِ النِّكَاحِ ، فَلْيُرَاجَعْ ^(٣) .
قَوْلُهُ : النَّوْعُ الثَّانِي ، أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا وَلَا نَفَقَةَ ، أَوْ يَقْسِمَ لَهَا أَكْثَرَ مِنْ

(١) فِي م : « فِي » .

(٢) هُوَ جَدُّ شَيْخِ الْإِسْلَامِ ابْنُ تَيْمِيَّةَ ، وَلَعَلَّهُ يَقْصِدُ الْمَجْدَ عَبْدَ الصَّلَامِ .

(٣) انْظُرْ صَفْحَةَ ٩٧ .

الشرح الكبير أنه إن أَصْدَقَهَا رَجَعَ عَلَيْهَا ، أَوْ تَشْرَطُ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَطَّأَهَا ، أَوْ يَعْزِلَ عَنْهَا ، أَوْ لَا يَكُونَ عِنْدَهَا فِي الْجُمُعَةِ إِلَّا لَيْلَةً ، أَوْ شَرَطَ لَهَا النَّهَارَ دُونَ اللَّيْلِ ، أَوْ شَرَطَ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تُنْفِقَ عَلَيْهِ ، أَوْ تُعْطِيَهُ شَيْئًا ، فَهَذِهِ الشُّرُوطُ كُلُّهَا بَاطِلَةٌ فِي نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّهَا تُنَافِي مُقْتَضَاهُ ، وَتَتَضَمَّنُ إِسْقَاطَ حُقُوقٍ تَجِبُ بِالْعَقْدِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ . فَأَمَّا الْعَقْدُ فِي نَفْسِهِ فَهُوَ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الشُّرُوطَ تَعُودُ إِلَى مَعْنَى زَائِدٍ فِي الْعَقْدِ ، لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ ، وَلَا يَضُرُّ الْجَهْلُ بِهِ ، فَلَمْ يُبْطَلْهُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ فِي الْعَقْدِ صَدَاقًا مُحَرَّمًا . وَلِأَنَّ النِّكَاحَ يَصِحُّ مَعَ الْجَهْلِ بِالْعَوَضِ ، فَجَازَ أَنْ يَنْعَقِدَ مَعَ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، كَالْعَتَاقِ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَشَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا فِي كُلِّ جُمُعَةٍ لَيْلَةً ، ثُمَّ رَجَعَتْ وَقَالَتْ : لَا أَرْضَى إِلَّا لَيْلَةً وَلَيْلَةً . فَقَالَ : لَهَا أَنْ تَتْرُكَ^(١) بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهَا ، فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ .

الإنصاف امرأته الأخرى أو أقل ، فالشَّروطُ باطلٌ ، وَيَصِحُّ النِّكَاحُ . وَكَذَا لَوْ شَرَطَ أَحَدُهُمَا عَدَمَ الْوَطْءِ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، نَصَّ عَلَيْهِمَا . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » وَغَيْرِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : يَبْطُلُ النِّكَاحُ أَيْضًا . وَقِيلَ : يَبْطُلُ إِذَا شَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَطَّأَهَا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « مُفْرَدَاتِهِ » : ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ أَنْ لَا يَطَّأَ ، أَوْ أَنْ لَا يُنْفِقَ ، أَوْ إِنْ فَارَقَ ، رَجَعَ بِمَا أُنْفَقَ ، رَوَاتَيْنِ . يَعْنِي ، فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَيَحْتَمِلُ صِحَّةَ شَرْطِ عَدَمِ التَّفَقُّعِ . قَالَ : لَا سِيَّمَا إِذَا

(١) فِي م : « تَنْزِلُ إِلَّا » .

وإن قالت : لا أرضى إلا بالمُقاسمة . [١٣٠/٦ ط] كان ذلك حَقًّا لها ،
تُطالبه به إن شاءت . ونَقَلَ عنه الأثرُ ، في الرجلِ يَتَزَوَّجُ المرأةَ وَيَشْرُطُ
عليها أن يَأْتِيَهَا في الأَيَّامِ : يَجُوزُ الشَّرْطُ ، فإن شاءت رَجَعَتْ . وقال في
الرجلِ يَتَزَوَّجُ المرأةَ على أن تُنْفِقَ عليه في كُلِّ شَهْرٍ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ ، أو عَشْرَةَ
دَرَاهِمَ : النِّكَاحُ جائزٌ ، ولها أن تَرْجِعَ في هذا الشَّرْطِ . ونَقَلَ عن أحمدَ كلامَ
في بعضِ هذه الشُّرُوطِ يَحْتَمِلُ إِبْطَالَ الْعَقْدِ ، فنَقَلَ عنه المَرْوُذِيُّ في
النَّهَارِيَّاتِ وَاللَّيَالِيَّاتِ : ليس هذا مِنْ نِكَاحِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ . وَمِمَّنْ كَرِهَ
تَزْوِيجَ النَّهَارِيَّاتِ ؛ حَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ ، وابنُ شُبْرُمَةَ . وقال الثَّوْرِيُّ :
الشَّرْطُ بَاطِلٌ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : إذا سَأَلْتَهُ أَنْ يَعْدَلَ لها ، عَدَلَ . وكان
الحَسَنُ ، وعطاءٌ ، لا يَرَيَانِ بِنِكَاحِ النَّهَارِيَّاتِ بَأْسًا . وكان الحسنُ لا يَرَى
بَأْسًا أَنْ يَتَزَوَّجَهَا وَيَجْعَلَ لها مِنْ الشَّهْرِ أَيَّامًا مَعْلُومَةً . قال شيخُنَا^(١) :
ولَعَلَّ كَرَاهَةَ مَنْ كَرِهَ ذَلِكَ ، رَاجِعٌ إِلَى إِبْطَالِ الشَّرْطِ ، وإِجَازَةِ مَنْ أَجَازَهُ ،
رَاجِعٌ إِلَى أَصْلِ النِّكَاحِ ، فَتَكُونُ أَقْوَالُهُمْ مُتَّفِقَةً عَلَى صِحَّةِ النِّكَاحِ وَإِبْطَالِ
الشَّرْطِ ، كما قُلْنَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وقال القَاضِي : إِنَّمَا كَرِهَ أَحْمَدُ هَذَا النِّكَاحَ ؛
لأنَّهُ يَقَعُ عَلَى وَجْهِ^(٢) السَّرِّ ، وهو مَنْهِيٌّ عَنْهُ . فَإِنْ شَرِطَ عَلَيْهِ تَرَكَ

قُلْنَا : إِنَّهُ إِذَا أَعْسَرَ الزَّوْجَ وَرَضِيَتْ بِهِ . أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الْمُطَالَبَةَ بِالثَّقَّةِ^(٣) بَعْدُ .
وَإِخْتَارَ ، فِيمَا إِذَا شَرِطَ أَنْ لَا مَهْرَ ، فَسَادَ الْعَقْدِ ، وَأَنَّهُ قَوْلُ أَكْثَرِ السَّلَفِ ، وَاخْتَارَ

(١) في : المغنى ٤٨٧/٩ .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع الثالث ، أن يَشْتَرِطَ الْخِيَارَ ، أَوْ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِي وَقْتٍ ، وَإِلَّا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ، وَفِي صِحَّةِ النِّكَاحِ رِوَايَتَانِ .

الشرح الكبير

الوَطْءُ ، احْتِمَالُ أَنْ يَفْسُدَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ مَا يُنَافِي الْمَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ إِنْ شَرْطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا تُسَلِّمَ إِلَيْهِ ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا عَلَى أَنْ لَا يَقْبِضَهُ . وَإِنْ شَرْطَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يَطَّأَهَا^(١) ، لَمْ يَفْسُدْ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ حَقُّهُ عَلَيْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَفْسُدَ ؛ لِأَنَّ لَهَا فِيهِ حَقًّا ، وَلِذَلِكَ تَمْلِكُ مُطَالَبَتَهُ بِهِ إِذَا آلَى ، وَالْفَسْخُ إِذَا تَعَذَّرَ بِالْجَبِّ وَالْعُنَّةِ .

(الثالث ، أن يَشْتَرِطَ الْخِيَارَ ، أَوْ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِي وَقْتٍ ، وَإِلَّا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ، وَفِي صِحَّةِ النِّكَاحِ رِوَايَتَانِ) إِحْدَاهُمَا ، النِّكَاحُ صَحِيحٌ ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ . وَحَكَاهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . وَزَعَمَ أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِيهِ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : قَالَ أَحْمَدُ ، وَإِسْحَاقُ - إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِي وَقْتٍ كَذَا ، وَإِلَّا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا : الشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالْعَقْدُ جَائِزٌ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ،

الإِنصاف

أَيْضًا الصَّحَّةُ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ عَدَمَ الْوَطْءِ ، كَشَرْطِ تَرْكِ مَا تَسْتَحِقُّهُ . وَقَالَ أَيْضًا : لَوْ شَرَطَتْ مُقَامَ وَلَدِهَا عِنْدَهَا ، وَنَفَقَتَهُ عَلَى الزَّوْجِ ، كَانَ مِثْلَ اشْتِرَاطِ الزِّيَادَةِ فِي الصَّدَاقِ ، وَيُرْجَعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ ، كَالْأَجِيرِ بِطَعَامِهِ وَكُسُوتِهِ .

قوله : الثالث ، أن يَشْتَرِطَ الْخِيَارَ ، أَوْ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِي وَقْتٍ [٣٠/٣] كَذَا ، وَإِلَّا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِ دُوسٍ وَغَيْرُهُ .

(١) في م : « يَطَّأ » .

والتَّوَرِيَّ ، وأبَى حَنِيفَةَ ، والأَوْزَاعِيَّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الزُّهْرِيِّ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ لَازِمٌ ، لَا يَدْخُلُهُ خِيَارٌ ؛ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْمَفْسَدَةِ وَالضَّرَرِ عَلَى الْحَرَائِرِ ، لَكَوْنِهَا تُرَدُّ بَعْدَ ابْتِدَائِهَا^(١) بِعَقْدِ النِّكَاحِ ، وَالشَّاعَةِ^(٢) عَلَيْهَا بِأَنَّهَا رُدَّتْ رَغْبَةً عَنْهَا لِدَنَائِعِهَا ، وَالشَّرْطُ الْآخِرُ تَعْلِيقُ النِّكَاحِ عَلَى شَرْطٍ ، فَهُوَ فِي^(٣) مَعْنَى الْخِيَارِ ، وَيَصِحُّ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَصِحُّ فِي الْمَجْهُولِ ، فَلَمْ يَفْسُدْ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، كَالْعِتْقِ . وَرَوَى ابْنُ مَنْصُورٍ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذَا أَنَّ الشَّرْطَ وَالْعَقْدَ جَائِزَانِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »^(٤) . [١٣١/٦] وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي كِتَابِهِ « الرِّوَايَتَيْنِ وَالْوَجْهَيْنِ » : « أَمَّا صِحَّةُ الْعَقْدِ ، فَلِأَنَّ اللَّفْظَ الَّذِي يَقْتَضِي الدَّوَامَ قَدْ وَجَدَ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ الشَّرْطُ فِي الْمَهْرِ ، فَلَمْ يُؤْثَرْ فِي الْعَقْدِ ، وَأَمَّا الْمَهْرُ ، فَإِنَّهَا لَمَّا مَلَكَتْ وَسَخَّ النِّكَاحُ عِنْدَ تَعَذُّرٍ^(٥) تَسْلِيمَ الْمَهْرِ ، جَازَ أَنْ يُشْتَرَطَ هَذَا

وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرِّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، « الْإِنْصَافِ » وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، صِحَّةُ الشَّرْطِ . نَقَلَهَا ابْنُ مَنْصُورٍ ، وَبَعْدَهَا الْقَاضِي . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، صِحَّةَ الْعَقْدِ وَالشَّرْطِ ، فِيمَا إِذَا شَرَطَ الْخِيَارَ .

قَوْلُهُ : وَفِي صِحَّةِ النِّكَاحِ رِوَايَتَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي م : « ابْتِدَائِهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْبِشَاعَةِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ م .

(٤) تَقَدَّمَ تَخْرِيجهُ فِي ١٤٩/١٠ . وَانْظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي ٢٠/١٩ .

(٥) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « عَدَمٌ » .

المعنى فى العقد ، ولا يؤثّر فيه . والرواية الأخرى ، يئطل العقد فى هذا كله ؛ لأنّ النكاح لا يكون إلّا لازماً ، وهذا يؤجّب جوازّه ، ولأنّه وقفه على شرط ، ولا يجوز وقفه على شرط ، كالبيع . وهذا قول الشافعى ، ونحوه عن مالك وأبى عبيد .

الشرح الكبير

فصل : فإن شرط الخيار فى الصّدق خاصّة ، لم يفسد النكاح ؛ لأنّ النكاح ينفرد عن ذكر الصّدق ، لا يفسد النكاح بفساده ، فبأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى ، بخلاف البيع ، فإنه إذا فسد أحد العوضين فسد الآخر . إذا ثبت هذا ، ففى الصّدق ثلاثة أوجه ؛ أحدها ، يصحّ الصّدق ويئطل شرط الخيار ، كما يفسد الشرط فى النكاح ويصحّ النكاح . والثانى ، يصحّ ، ويثبت الخيار فيه ؛ لأنّ عقد الصّدق عقد منفرد ،

والإصاف و « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الكافى » ، و « المغنى » فى الثانية ، و « الشرح » ، و « شرح ابن منجى » ، و « الفروع » . إحداهما ، يصحّ . وهو المذهب . صحّحه فى « التصحيح » ، و « النظم » . وجزم به فى « الوجيز » وغيره . واختاره ابن عبدوس فى « تذكّره » وغيره . وقدمه فى « المحرّر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوى الصغیر » ، وغيرهم . واختاره الشیخ تقيّ الدین ، رحمه الله ، فيما إذا شرط الخيار ، كما تقدّم عنه . والرواية الثانية ، لا يصحّ . وقدمه فى « المغنى » فى الأولى .

فائدة : لو شرط الخيار فى الصّدق ، فقیل : هو كشرط الخيار فى النكاح . على ما تقدّم . وقيل : يصحّ هنا . وأطلقهما فى « الفروع » . وقطع المصنّف ،

فَصْلٌ : فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا مُسْلِمَةٌ فَبَانَتْ كِتَابِيَّةٌ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ، وَإِنْ شَرَطَهَا كِتَابِيَّةً فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهُ الْخِيَارُ .

الشرح الكبير

يَجْرَى مَجْرَى الْأَثْمَانِ^(١) ، وَيُثْبِتُ فِيهِ الْخِيَارُ كَالْبَيَاعَاتِ . وَالثَّالِثُ ، يَنْطَلُ الصَّدَاقُ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ تُوَافِقْهُ عَلَى شَيْءٍ .
فصل : قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا مُسْلِمَةٌ فَبَانَتْ كِتَابِيَّةٌ ، فَلَهُ الْخِيَارُ) لِأَنَّهُ نَقَصَ وَضُرُرٌ يَتَعَدَّى إِلَى الْوَلَدِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ شَرَطَهَا حُرَّةً فَبَانَتْ أَمَةً .

٣١٨٠ - مسألة : (فَإِنْ شَرَطَهَا كِتَابِيَّةً فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ (وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهُ الْخِيَارُ) لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي عَدَمِ وَجُوبِ الْعِبَادَاتِ عَلَيْهَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

الإنصاف

وَالشَّارِحُ ، بِصِحَّةِ النِّكَاحِ . وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأُطْلِقَ فِي الصَّدَاقِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ صِحَّةُ الصَّدَاقِ مَعَ بُطْلَانِ الْخِيَارِ ، وَصِحَّةُ الصَّدَاقِ وَثُبُوتُ الْخِيَارِ فِيهِ ، وَبُطْلَانُ الصَّدَاقِ .

قوله : وَإِنْ شَرَطَهَا كِتَابِيَّةً ، فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . هَذَا الْمَذْهَبُ . صَحَّحَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالتَّائِيْمُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَ « مُتَخَبِ الْأَرْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْكَافِي » . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهُ الْخِيَارُ . وَقَالَ فِي « التَّرْغِيبِ » .

(١) في م : « الْأَيْمَان » ، وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي الْأَصْلِ . وَانْظُرِ الْمَعْنَى ٤٨٩/٩ .

المقنع وَإِنْ شَرَطَهَا أُمَّةً ، فَبَانَتْ حُرَّةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ،

الشرح الكبير

فصل : (وَإِنْ شَرَطَهَا أُمَّةً فَبَانَتْ حُرَّةً) وكان مِمَّنْ^(١) له نِكَاحُ الْإِمَاءِ (فَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّ وَلَدَهُ يَسْلَمُ مِنَ الرِّقِّ ، وَيَتِمَكَّنُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ بِهَا لَيْلًا وَنَهَارًا ، وَكَذَا لَوْ شَرَطَهَا ذَاتَ نَسَبٍ فَبَانَتْ أَشْرَفَ مِنْهُ ، أَوْ عَلَى صِفَةٍ ذَنْيَّةٍ^(٢) فَبَانَتْ خَيْرًا مِنْ شَرْطِهِ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ .

الإِنصاف

قال النَّاطِظُ: وهو بعيدٌ . وأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي » ، وَ « الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » :

فائدة : وكذا الْحُكْمُ لو تَزَوَّجَهَا يَظُنُّهَا مُسْلِمَةً ، وَلَمْ تُعْرَفْ بِتَقَدُّمِ كُفْرِ ، فَبَانَتْ كَافِرَةً . قاله فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الرُّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَأُطْلِقُوا الْخِلَافَ هُنَا ، كَمَا أُطْلِقُوهُ فِي التِّي قَبْلَهَا . وَجَزَمَ هُنَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَغَيْرِهِمْ ، أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ .

قوله : وَإِنْ شَرَطَهَا أُمَّةً ، فَبَانَتْ حُرَّةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . هذا المذهبُ ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ . قال فِي « الْفُرُوعِ » : فَلَا فَسْخَ فِي الْأَصَحِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرُّعَايَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَهُ الْخِيَارُ .

فائدة : وكذا الْحُكْمُ فِي كُلِّ صِفَةٍ شَرَطَهَا ، فَبَانَتْ أَعْلَى مِنْهَا ، عِنْدَ الْجُمْهُورِ . وقال فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » : إِنْ شَرَطَهَا ثِيْبًا ، فَبَانَتْ بِكَرًّا ، فَلَهُ

(١) سقط من : م .

(٢) فِي م : « دَيْنُهُ » .

وَأِنْ شَرَطَهَا بِكَرًّا ، أَوْ جَمِيلَةً ، أَوْ نَسِيبَةً ، أَوْ شَرَطَ نَفَى الْعُيُوبِ الَّتِي لَا يَنْفَسِخُ بِهَا النِّكَاحُ ، فَبَانَتْ بِخِلَافِهِ ، فَهَلْ لَهُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٣١٨١ - مسألة : (وَأِنْ شَرَطَهَا بِكَرًّا) فَبَانَتْ ثَبِيًّا ، فعن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ أَمْرَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يُرَدُّ فِيهِ بِعَيْبٍ سِوَى الْعُيُوبِ الثَّمَانِيَةِ ، وَلَا يَثْبُتُ فِيهِ الْخِيَارُ ، فَلَا يُرَدُّ بِمُخَالَفَةِ الشَّرْطِ . وَالثَّانِي ، لَهُ الْخِيَارُ ؛ « لِأَنَّهُ شَرَطَ صِفَةً مَقْصُودَةً فَبَانَ خِلَافُهَا ، فَيَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ » ، كَمَا لَوْ شَرَطَ الْحُرِّيَّةَ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَرَطَهَا حَسَنَاءَ فَبَانَتْ شَوْهَاءَ ، أَوْ ذَاتَ نَسَبٍ فَبَانَتْ دُونَهُ ، أَوْ بِيضَاءَ فَبَانَتْ سَوْدَاءَ ، أَوْ طَوِيلَةً فَبَانَتْ قَصِيرَةً ، خُرَجَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَجْهَانِ . وَنَحْنُ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ لَوْ (شَرَطَ نَفَى الْعُيُوبِ الَّتِي لَا يَنْفَسِخُ بِهَا النِّكَاحُ) كَالْعَمَى ، وَالْخَرَسِ ، وَالصُّمَمِ ،

الإنصاف

الْفَسْخُ (٢) .

قوله : وَأِنْ شَرَطَهَا بِكَرًّا ، أَوْ جَمِيلَةً ، أَوْ نَسِيبَةً ، أَوْ شَرَطَ نَفَى الْعُيُوبِ الَّتِي لَا يَنْفَسِخُ بِهَا النِّكَاحُ ، فَبَانَتْ بِخِلَافِهِ ، فَهَلْ لَهُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهَارِوَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْكَافِي » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، (وَابْنُ رَزِينٍ فِي غَيْرِ الْبَكْرِ) ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْخِيَارُ . وَاخْتَارَهُ صَاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ، وَ النَّاطِظُ ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

ونحوه ، فبان بخلاف ذلك ففيه الوجهان . ومِمَّنْ أَلَزَمَ الزَّوْجَ [١٣١/٦ ط]
 مِنْ هَذِهِ صِفَتُهَا ؛ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ .
 حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى الزُّهْرِيُّ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَمْ يَجِدْهَا
 عَذْرَاءً ، وَكَانَتِ الْحَيْضَةُ خَرَقَتْ عُدْرَتَهَا ، فَأَرْسَلَتْ إِلَيْهِ عَائِشَةُ : إِنَّ
 الْحَيْضَةَ تَذْهَبُ بِالْعُدْرَةِ ^(١) . وَعَنِ الْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَإِبْرَاهِيمَ ، فِي
 الرَّجُلِ إِذَا لَمْ يَجِدْ امْرَأَتَهُ عَذْرَاءً : لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ لِلْعُدْرَةِ ، إِنَّ الْحَيْضَةَ
 تُذْهِبُ الْعُدْرَةَ ، وَالْوَثْبَةَ ، وَالتَّعْنُسُ ^(٢) ، وَالْحِجْلُ الثَّقِيلُ ^(٣) .

الشرح الكبير

فصل : إذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانَتْ كَافِرَةً ، فله الخيار . وهذا

وَابْنُ عَبْدِوسٍ فِي « تَذَكُّرَتِهِ » ، وَالشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ . وَقَدَّمَهُ فِي
 « الرُّعَايَتَيْنِ » ، ^(٤) وَهُوَ الصَّوَابُ ^(٥) . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ الْخِيَارُ . جَزَمَ بِهِ فِي
 « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُتَوَرِّ » ، وَ « مُتَخَبِّ الْأَرْجَى » ، ^(٦) وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي
 الْبَكْرِ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » فِي النَّسِيَةِ ^(٧) . وَقِيلَ : لَهُ الْخِيَارُ فِي شَرْطِ
 النَّسَبِ خَاصَّةً إِذَا فَقَدَ . وَقَالَ فِي « الْفُنُونِ » ، فِيمَا إِذَا شَرَطَهَا بِكُرًّا ، فَبَانَتْ
 بِخِلَافِهِ : يَحْتَمِلُ فُسَادُ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّ لَنَا قَوْلًا : إِذَا تَزَوَّجَهَا عَلَى صِفَةٍ ، فَبَانَتْ
 بِخِلَافِهَا ، يُبْطَلَانِ الْعَقْدُ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ : وَيَرْجِعُ عَلَى الْغَارِّ .
فائدة : إِذَا شَرَطَهَا بِكُرًّا ، وَقُلْنَا : لَيْسَ لَهُ خِيَارٌ . فَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي

الإنصاف

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، في : باب الرجل يجد امرأة غير عذراء . السنن ٧٦/٢ .

(٢) في النسختين : « التعيس » . وانظر المغني ٤٥١/٩ .

(٣) أخرجه عنهم سعيد ، في الموضع السابق ٧٥/٢ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

وَأَنْ تَزَوِّجَ أُمَةً يَظُنُّهَا حُرَّةً ، فَأَصَابَهَا ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، ^{المفنع}
وَيَقْدِرُهُمْ بِمِثْلِهِمْ يَوْمَ وَلَادَتِهِمْ ، وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ،
وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، وَإِنْ كَانَ
مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ، فَإِنْ رَضِيَ بِالْمَقَامِ مَعَهَا ، فَمَا
وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَهُوَ رَقِيقٌ ،

الشرح الكبير

قول الشافعي ، كما إذا شرط ذلك .

٣١٨٢ - مسألة : (وإن تزوج أمةً يظنُّها حُرَّةً) أو على أنها حُرَّةً
(فأصابها ، وولدت منه ، فالولد حُرٌّ ، ويقدرهم بمثلهم يوم ولادتهم ،
ويرجع بذلك على من غرَّه ، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء ،
وإن كان ممن يجوز له) نكاح الإماء (فله الخيار) ، فإن رضى بالمقام معها ،
فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق) الكلام في هذه المسألة في فصول .

الإنصاف

« الفصول » - وقاله في « الإيضاح » - أنه يرجع بما بين المهرين . قال في
« الفروع » : ويتوجه مثله بقيَّة الشروط . قلت : وهو الصواب في الجميع .

قوله : وإن تزوج أمةً يظنُّها حُرَّةً - وكذا لو شرطها حُرَّةً فبانت أمةً - فأصابها
وولدت منه ، فالولد حُرٌّ ، ويقدرهم بمثلهم يوم ولادتهم ، ويرجع [٣٠/٣ ط] بذلك
على من غرَّه ، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء ، وإن كان ممن
يجوز له ذلك ، فله الخيار ، فإن رضى بالمقام معها ، فما ولدت بعد ذلك ، فهو
رقيق . أعلم أنه إذا تزوج أمةً يظنُّها حُرَّةً ، أو شرطها حُرَّةً - واعتبر في
« المستوعب » مقارنة الشرط للعقد ، واختاره قبله القاضي - فبانت أمةً ، فلا

أَحَدُهَا ، أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَفْسُدُ بِالْعُرُورِ . وَهُوَ قَوْلُ أُمِّ حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : يَفْسُدُ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ عَلَى حُرَّةٍ ، وَلَمْ تَوْجَدْ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : بَعْتُكَ هَذَا الْفَرَسَ . فَإِذَا هُوَ حِمَارٌ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي النِّكَاحِ الشَّخْصُ دُونَ الصِّفَاتِ ، فَلَا يُؤْثِّرُ عَدَمُهَا فِي صِحَّتِهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : زَوَّجْتُكَ هَذِهِ الْحَسَنَاءَ . فَإِذَا هِيَ شَوْهَاءُ^(١) . وَكَذَا نَقُولُ فِي الْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرُوهُ : إِنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْعَيْنُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا . وَإِنْ سَلَّمْنَا ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ ثَمَّ فَاتَتِ^(٢) الذَّاتُ ، فَإِنَّ ذَاتَ الْفَرَسِ غَيْرُ ذَاتِ الْحِمَارِ ، وَهَهُنَا اخْتِلَافًا فِي الصِّفَاتِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ الْبَيْعَ يُؤْثِّرُ فِيهِ فَوَاتُ الصِّفَاتِ ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُرَدُّ بِفَوَاتِ أَى شَيْءٍ كَانَ فِيهِ نَفْعٌ مِنْهَا ، وَالنِّكَاحُ بِخِلَافِهِ .

يَخْلُو ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ أَوْ لَا ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّ النِّكَاحَ بَاطِلٌ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ بِذَلِكَ . وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ ، وَقَطَعُوا بِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَقَالَ : وَعِنْدَ أَبِي بَكْرٍ يَصِحُّ ، فَلَا خِيَارَ . وَاعْلَمْ أَنَّ قَوْلَ أَبِي بَكْرٍ ، إِنَّمَا حُكِيَ عَنْهُ فِيمَا إِذَا شَرَطَهَا أَمَةً ، فَبَانَتْ حُرَّةٌ ، كَمَا تَقَدَّمَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » ، أَنَّهُ قِيَاسُ قَوْلِهِ : فِيمَا إِذَا شَرَطَهَا كِتَابِيَّةً ، فَبَانَتْ مُسْلِمَةً . ثُمَّ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا . فَالَّذِي نَقَطَعَ بِهِ ، أَنَّ نَقْلَ صَاحِبِ « الْفُرُوعِ » هُنَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، إِمَّا سَهْوٌ ، أَوْ يَكُونُ هُنَا نَقْصٌ . وَهُوَ أَوَّلَى ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، أَنَّهُ قَالَ بَعْدَهُ : وَبَنَاهُ فِي « الْوَاضِحِ » عَلَى الْخِلَافِ فِي الْكِفَاءَةِ . فَهَذَا لَا يُلَاقِئُ الْمَسْأَلَةَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . وَإِنْ

(١) فِي م : « سَوَاءٌ » .

(٢) فِي م : « الْفَاتَتِ » .

الفصل الثاني : أن أولاده منها أحراراً ، بغير خلافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لَأَنَّهُ اعْتَقَدَ حُرِّيَّتَهَا ، فكان وَلَدُهُ أحراراً ؛ لاَعْتِقَادِهِ^(١) ما يَقْتَضِي حُرِّيَّتَهُمْ ، كما لو اشْتَرَى جاريةً يَظُنُّهَا مِلْكًا لِبَائِعِهَا ، فبانت مَعْصُوبَةً بعد أن أَوْلَدَهَا .

كان مَمَّنْ يجوزُ له نِكَاحُ الإِمَاءِ ، فله الْخِيَارُ ، كما قال الْمُصَنِّفُ . وظاهرُهُ وظاهرُ كلامِ جماعةٍ إطلاقُ الظَّنِّ ، فيدخلُ فيه ظَنُّهُ أَنَّهَا حُرَّةٌ الْأَضْلُ أو عَتِيقَةٌ . وقطعُ في « الْمُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَائِيَيْنِ » ، و « الْحَاوِي » ، و « الْمُنَوَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وغيرِهِمْ ، أَنَّهُ لا خِيَارَ له ، إذا ظَنَّنَا عَتِيقَةً . وهذا المذهبُ ، ولَعَلَّهُ مُرَادٌ مَنْ أَطْلَقَ . وظاهرُ كلامِ الزَّرْكَاشِيِّ ، التَّنَافِي بَيْنَ الْعِبَارَتَيْنِ . وقَدَّمَ في « التَّرْغِيبِ » ، أَنَّهُ لو ظَنَّنَا حُرَّةً لا خِيَارَ له . وقيل : لا خِيَارَ لَعَبْدٍ . وهو اِحْتِمَالٌ في « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : لا فَسْخٌ مُطْلَقًا . حَكَاهُ في « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . فإذا اخْتَارَ الْمُقَامَ تَقَرَّرَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ الْمُسَمَّى كَامِلًا . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وقيل : يَنْسِبُ قَدَرُ مَهْرِ الْمِثْلِ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ كَامِلًا ، فيكونُ له بِقَدَرِ نِسْبَتِهِ مِنَ الْمُسَمَّى ، يَرْجِعُ به على مَنْ غَرَّهُ .

فائدة : لو أُبِيحَ لِلْحُرِّ نِكَاحُ أُمَةٍ ، فَتَكَحَّهَا ، ولم يَشْرُطْ حُرِّيَّةَ أَوْلَادِهِ ، فهم أَرْقَاءُ لِسَيِّدِهَا . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وعليه الْأَصْحَابُ . وعنه ، أَنَّ وَلَدَ الْعَرَبِيِّ يَكُونُ حُرًّا ، وعلى أَبِيهِ فِدَاؤُهُ . ذَكَرَهُ الزَّرْكَاشِيُّ في آخِرِ كِتَابِ التَّنْفِقَاتِ على الْأَقَارِبِ . وإنْ شَرَطَ حُرِّيَّةَ الْوَلَدِ ، فَقَالَ في « الرُّوْضَةِ » ، في إِرْثِ غُرَّةِ الْجَنِينِ : إنْ شَرَطَ زَوْجُ الْأُمَةِ حُرِّيَّةَ الْوَلَدِ ، كَانَ حُرًّا ، وإنْ لم يَشْرُطْ ، فَهُوَ عَبْدٌ . انتهى . ذَكَرَهُ في « الْفُرُوعِ » ، في أَوَاخِرِ بَابِ مَقَادِيرِ دِيَاتِ النَّفْسِ . قال ابْنُ الْقَيِّمِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، في « إِغْلَامِ الْمُوقَعِينَ » ، في الْجُزْءِ الثَّالِثِ فِي الْحَيْلِ : الْمِثَالُ الثَّالِثُ

(١) في م : : كاعتقاده .

الفصل الثالث : أن على الزوج فداء أولاده . كذلك قضى عمر ، وعلى ، وابن عباس . وهو قول مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى ، ليس عليه فداؤهم ؛ لأن الولد ينعتد حراً الأصل ، فلم يضمه لسيد الأمة^(١) ؛ لأنه لم يملكه . وعنه أنه يقال له : « اقتد أولادك »^(٢) ، وإلا فهم يتبعون الأم . فظاهر هذا أنه خيرته بين فدايتهم وبين تركهم رقيقاً ؛ لأنهم رقيق بحكم الأصل ، فلم يلزمه فداؤهم ، كما لو وطئها وهو يعلم رقتها . قال الخلال :

والسبعون ، إذا شرط الزوج على السيد حرية أولاده ، صح ، وما ولدته ، فهم أحرار .

قوله : والولد حراً . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وقالوا : ينعتد حراً باعته . قال ابن عقيل : ينعتد حراً ، كما ينعتد ولد القرشي قرشياً . وعنه ، الولد بدون الفداء رقيق .

قوله : ويفديهم . هذا المذهب . قاله في « المغني » وغيره . قال الشارح : وهو الصحيح . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الفروع » وغيره . وعنه ، لا يلزمه فداؤهم . قال الزركشي : نقل ابن منصور ، لا فداء عليه ؛ لأن عقاد الولد حراً . وعنه ، أنه يقال له : اقتد أولادك ، وإلا فهم يتبعون الأم . قال المصنف ، والشارح : فظاهر هذا أنه خيرته بين فدايتهم وبين تركهم رقيقاً . فعلى المذهب ، يفديهم بقيمتهم . على الصحيح . اختاره المصنف ، والشارح ،

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في م : « اقتداء أولاده » .

أُتِفِقَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ يَفْدَى وَلَدَهُ ، [١٣٢/٦] وَقَالَ إِسْحَاقُ عَنْهُ فِي مَوْضِعٍ : إِنَّ الْوَلَدَ لَهُ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَفْدِيَهُمْ . وَأَحْسَبُهُ قَوْلًا أَوَّلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ عَلَيْهِ فِدَاءَهُمْ ؛ لَقَضَاءِ الصَّحَابَةِ بِهِ ، وَلِأَنَّهُ نَمَاءُ الْأَمَةِ الْمَمْلُوكَةِ ، فَسَبِيلُهُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِمَالِكِهَا ، وَقَدْ قَوَّتَ رِقَهُ بِاعْتِقَادِ الْحُرِّيَّةِ ، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهُمْ ، كَمَا لَوْ قَوَّتَ رِقَّهُمْ بِفِعْلِهِ . وَفِي فِدَائِهِمْ ثَلَاثُ مَسَائِلَ ؛ الْأُولَى ، فِي وَقْتِهِ ، وَذَلِكَ حِينَ وَضَعَ الْوَلَدُ . قَضَى بِذَلِكَ عَمْرُ ، وَعَلِيٌّ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَضْمَنُهُمْ بِقِيَمَتِهِمْ يَوْمَ الْخُسُومَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَضْمَنُهُمْ بِالْمَنْعِ ، وَلَمْ يَمْنَعُهُمْ إِلَّا حَالُ الْخُسُومَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ عِنْدَ الْوَضْعِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَضْمَنَهُ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ رِقَهُ مِنْ حِينَئِذٍ ، وَلِأَنَّ الْقِيَمَةَ الَّتِي تَرِيدُ بَعْدَ الْوَضْعِ لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لِمَالِكِ الْأَمَةِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهَا ، كَمَا بَعْدَ الْخُسُومَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ كَانَ مَحْكُومًا بِحُرِّيَّتِهِ وَهُوَ « حِينَ الْعُلُوقِ »^(١) . قُلْنَا : إِنَّهُ لَمْ يُمَكِّنْ^(٢) تَضْمِينَهُ حِينَئِذٍ ؛ لِعَدَمِ قِيَمَتِهِ وَالْإِطْلَاقِ عَلَيْهِ ، فَأَوْجَبْنَا ضَمَانَهُ فِي أَوَّلِ حَالٍ أُمَكِّنَ تَضْمِينَهُ ، وَهُوَ حَالُ الْوَضْعِ .

وَصَاحِبُ « التَّلْخِصِ » ، وَابْنُ مُنَجَّى . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » فِي بَابِ الْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ أَحَالَهُ عَلَيْهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَعَنْهُ ، يَفْدِيهِمْ بِمِثْلِهِمْ فِي الْقِيَمَةِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفَائِقِ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . قَالَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ هُنَا . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُهُمْ بَأَيِّمَا شَاءَ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الْمُفْنِعِ » .

(١ - ١) فِي م : « جَنِين » .

(٢) فِي النُّسخَتَيْنِ : « يَكُن » . وَانْظُرِ الْمُغْنَى ٤٤٢/٩ .

المسألة الثانية ، في صفة الفداء ، وفيها ثلاث روايات ؛ إحداهن ، بقيمتهم . وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا مِنْ عَبْدٍ ، قُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ »^(١) . ولأنَّ الحيوانَ مِنَ الْمُتَقَوِّمَاتِ ، لا مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، فَيَجِبُ ضَمَانُهُ بِقِيَمَتِهِ ، كما لو أَتْلَفَهُ . والثانية ، يَضْمَنُهُمْ بِمِثْلِهِمْ عَيْدًا ، الذَّكْرُ بِذَكَرٍ ، وَالْأُنْثَى بِأُنْثَى ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : أَبَقْتُ^(٢) جَارِيَةً لِرَجُلٍ مِنَ الْعَرَبِ ، وَانْتَمَتْ إِلَى بَعْضِ الْعَرَبِ ، فَتَزَوَّجَهَا رَجُلٌ مِنْ بَنِي عُذْرَةَ ، ثُمَّ إِنَّ سَيِّدَهَا دَبَّ ، فَاسْتَأْقَاهَا وَاسْتَأَقَ وَلَدَهَا ، فَاخْتَصَمُوا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَضَى لِلْعُذْرِيِّ بِفِدَاءٍ وَلَدِهِ بَغْرَةً^(٣) غُرَّةً ؛ مَكَانَ كُلِّ غُلَامٍ بِغُلَامٍ ، وَمَكَانَ كُلِّ جَارِيَةٍ بِجَارِيَةٍ ، وَكَانَ عُمَرُ يَقُومُ الْغُرَّةَ عَلَى أَهْلِ الْقُرَى وَمَنْ لَمْ يَجِدْ غُرَّةً سِتِينَ دِينَارًا . وَلِأَنَّ وَلَدَ الْمَعْرُورِ حُرٌّ ، فَلَا يُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ ، كَسَائِرِ الْأَحْرَارِ . فَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ ، يَنْبَغِي أَنْ يُنْظَرَ إِلَى مِثْلِهِمْ فِي الصِّفَاتِ

وَعَنْهُ ، يَفْدِيهِمْ بِمِثْلِهِمْ فِي صِفَاتِهِمْ تَقْرِيْبًا . اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ ، وَالْقَاضِي ، وَأَصْحَابُهُ . قَالَ ابْنُ مُنْجَى فِي « شَرْحِهِ » : هَذَا الْمَذْهَبُ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَالْخِلَافُ هُنَا كَالْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي بَابِ الْعَصَبِ ، فِيمَا إِذَا اشْتَرَى [٣١١/٣] الْجَارِيَةَ مِنَ الْغَاصِبِ ، أَوْ وَهَبَهَا لَهُ ، وَوَطَّقَهَا وَهُوَ غَيْرُ عَالِمٍ ، فَإِنَّ الْأَصْحَابَ أَحَالُوهُ عَلَيْهِ .

(١) تقدم تخريجه في ٢٥٩/١٥ .

(٢) في م : « بعث » .

(٣) في م : « يعني » .

تقريبًا ؛ لأنَّ الحَيَوَانَ ليس مِن ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ مِثْلُهُمْ فِي الْقِيَمَةِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ . وَالثَّالِثَةُ ، هُوَ مُحْخِرٌ بَيْنَ فِدَائِهِمْ بِمِثْلِهِمْ أَوْ قِيَمَتِهِمْ . قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ : إِمَّا الْقِيَمَةُ أَوْ رَأْسُ بَرَأْسٍ ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعًا يُرَوَّانِ عَنْ عَمَرَ ، وَلَكِنْ لَا أَذْرِي أَيُّ الْإِسْنَادَيْنِ أَقْوَى . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . قَالَ فِي « الْمُفْنَعِ » : الْفِدْيَةُ غُرَّةٌ بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ ، أَوْ الْقِيَمَةُ ، وَابْنُهُمَا أُعْطِيَ أَجْزَأً . وَوَجْهُ ذَلِكَ أَنَّهُ تَرَدَّدَ بَيْنَ الْجَنِينِ الَّذِي يُضْمَنُ بَغْرَةً ، وَبَيْنَ الْحَاقِقِ بغيره^(١) مِنَ الْمَضْمُونَاتِ ، فَاقْتَضَى التَّخْيِيرَ بَيْنَهُمَا . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ ، كَسَائِرِ الْمَضْمُونَاتِ الْمُتَقَوِّمَاتِ . وَقَوْلُ عَمَرَ قَدْ اخْتَلَفَ عَنْهُ فِيهِ ، قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ [١٣٢/٦] أَبِي طَالِبٍ : وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُمْ ، مِثْلُ قَوْلِ عَمَرَ . وَإِذَا تَعَارَضَتِ الرُّوَايَاتُ عَنْهُ ، وَجَبَ الرُّجُوعُ إِلَى الْقِيَاسِ .

المسألة الثالثة^(٢) : فِي مَنْ يُضْمَنُ مِنْهُمْ ، وَهُوَ^(٣) مَنْ وُلِدَ حَيًّا فِي وَقْتِ يَعِيشُ لِمِثْلِهِ ، سَوَاءً عَاشَ أَوْ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ،

قوله : يَوْمَهُ وَلَادَتِهِمْ . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَعَنْهُ ، الْإِنْصَافُ وَقْتُ الْخُصُومَةِ .

فَالَّذَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُضْمَنُ مِنْهُنَّ إِلَّا مَنْ وُلِدَ حَيًّا فِي وَقْتِ يَعِيشُ لِمِثْلِهِ ،^(٤) سَوَاءً عَاشَ أَوْ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ . الثَّانِيَةُ ، وَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ مُكَاتَبٌ ، وَيَغْرُمُ أَبُوهُ

(١) فِي م : « بَغْرَةٌ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الثَّانِيَةُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٤) - (٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

وأبو ثور ، وأصحاب الرأي : لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة . وهذا يبنى على وقت الضمان^(١) ، وقد ذكرناه . فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش^(٢) في مثله^(٣) ، وهو دون ستة أشهر ، فلا ضمان له ؛ لأنه لا قيمة له .

فصل في المهر : ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الإمام أو لا ؛ فإن كان ممن يجوز له ذلك ، وقد نكحها نكاحاً صحيحاً ، فلها المسمى ، فإن كان لم يدخل بها واختار الفسخ ، فلا مهر لها ؛ لأن الفسخ لعذر من جهتها ، فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها ، وإن كان ممن لا يجوز له^(٤) نكاح الإمام ، فالعقد فاسد من أصله ، ولا مهر فيه إن كان قبل الدخول ، فإن دخل بها ، فعليه مهرها . وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين ، يذکران في الواجب في النكاح الفاسد ، إن شاء الله تعالى . وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإمام ، لكن تزوجها بغير إذن سيدها ، أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح .

قيمته ، على الصحيح من الروايتين . والمعتق بعضها ، يجب لها البعض فيسقط ، ولذها يغرم أبوه قدر رقه .
تنبيه : قوله : فبانت أمة . يعنى ، بالبيته لا غير . على الصحيح من المذهب .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٣) في م : « مثله » .

(٣) في م : « لهم » .

الفصل الرابع : أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمَا غَرِمَهُ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مِنْ الْمَهْرِ وَقِيمَةِ الْأَوْلَادِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخِرْقِيِّ ، وَرَوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : كَذَلِكَ قَضَى عُمَرُ ، وَعَلِيٌّ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، قَالَ ^(١) : وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ فِي مُقَابَلَةِ نَفْعٍ وَصَلَّ إِلَيْهِ ، وَهُوَ الْوَطْءُ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى مَعْصُوبًا فَأَكَلَهُ ، بِخِلَافِ قِيمَةِ الْوَلَدِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ فِي مُقَابَلَتِهِ عِوَضٌ ؛ لِأَنَّهَا وَجَبَتْ بِحُرِّيَةِ الْوَلَدِ ، وَحُرِّيَةُ الْوَلَدِ لَهُ لَا لِأَبِيهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : الْأَظْهَرُ أَنَّهُ ^(٢) يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ : كُنْتُ أَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ عَلِيٍّ ، ثُمَّ إِنِّي هَبْتُهُ ، وَكَأَنِّي أَمِيلُ إِلَى حَدِيثِ عُمَرَ . يَعْنِي فِي الرَّجُوعِ . وَلِأَنَّ الْعَاقِدَ ضَمِنَ لَهُ سَلَامَةَ الْوَطْءِ ، كَمَا ضَمِنَ لَهُ سَلَامَةُ الْوَلَدِ ، فَكَمَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِقِيمَةِ الْوَلَدِ كَذَلِكَ يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ . قَالَ : وَعَلَى

وقيل : وبإقرارها أيضًا .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في م : « لم » . والثبت من الأصل ، وهو موافق لما في المغنى ٤٤٥/٩ ، والمبدع ٩٣/٧ . وما في المطبوعة موافق لما ذكره في الإنصاف ، والمسألة في الإنصاف فيها خلاف عما أثبتناه . وانظر لحديث عمر في الرجوع ، ما أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في الصداق والحياء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٢٦/٢ . والإمام الشافعي ، في : باب في العيب بالمنكوحه ، من كتاب النكاح . الأم ٧٥/٥ . وعبد الرزاق ، في : المصنف ٢٤٤/٦ . وسعيد ، في : سننه ٢١٢/١ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٢١٤/٧ ، ٢١٩ . وانظر لحديث علي في الرجوع أيضا ما أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ٢١٩/٧ . وانظر معرفة السنن والآثار ٣٥٦/٥ .

وفي عدم الرجوع ما أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ٢١٥/٧ .

هذا الأصل يَرْجِعُ بِأَجْرَةِ الْخِدْمَةِ إِذَا غَرِمَهَا . قال شيخنا^(١) : ولا أعْرِفُ عن أصحابنا بينهما فَرْقًا . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، وَكَانَ الْغُرُورُ مِنَ السَّيِّدِ ، عَتَقَتْ ، وَإِنْ كَانَ بَلْفَظٍ غَيْرِ هَذَا لَمْ تَثْبُتْ بِهِ الْحُرِّيَّةُ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي أَنْ يَجِبَ لَهُ مَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْغُرُورُ مِنْ وَكَيْلِهِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ . وَإِنْ كَانَ مِنْهَا ، فَلَيْسَ لَهَا فِي الْحَالِ مَالٌ ، فَيُخَرَّجُ فِيهَا وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى دَيْنِ الْعَبْدِ بِغَيْرِ [١٣٣/٦] إِذِنْ سَيِّدِهِ ، هَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، أَوْ بِذِمَّتِهِ يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِنَقِ ؟ قَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي الْأُمَّةِ إِذَا خَالَعَتْ زَوْجَهَا^(٢) (بِغَيْرِ إِذِنْ) سَيِّدِهَا : يُتَّبَعُهَا بِهِ إِذَا عَتَقَتْ . كَذَا هُنَا ، وَيَتَّبَعُهَا^(٣) بِجَمِيعِهِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّ الْغُرُورَ إِذَا كَانَ مِنَ الْأُمَّةِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَى أَحَدٍ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ ، إِذَا جَاءَتْ الْأُمَّةُ^(٤) فَقَالَتْ : إِنِّي حُرَّةٌ . فَوَلَّتْ أَمْرَهَا رَجُلًا ، فَزَوَّجَهَا^(٥) مِنْ رَجُلٍ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهَا مَوْلَاهَا ، قَالَ : فِكَائُكَ وَلَدُهُ عَلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَغْرَهُ أَحَدًا . أَمَّا إِذَا غَرَّه رَجُلٌ فَزَوَّجَهَا^(٥) عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَالْفِدَاءُ عَلَى مَنْ غَرَّه . يُرَوَى هَذَا عَنْ عَلِيٍّ ، وَإِبْرَاهِيمَ ، وَحَمَّادٍ . وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّعْبِيُّ . وَإِنْ قُلْنَا : يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهَا^(٦) . فَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهَا

(١) في : المغنى ٤٤٥/٩ .

(٢ - ٣) في م : « بِإِذِنْ » .

(٣) في الأصل : « يَبِيعُهَا » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) سقط من : م .

(٦) في م : « بِهَا » .

بَقِيمَتِهَا إِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِمَّا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا ، أَوْ يُسَلِّمُهَا^(١) ، فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهَا بِقِيمَتِهَا ، سَقَطَ قَدْرُ ذَلِكَ عَنِ الزَّوْجِ ، فَإِنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي أَنْ يُوجِبَهُ عَلَيْهِ ثُمَّ يَرُدَّهُ إِلَيْهِ . وَإِنْ اخْتَارَ تَسْلِيمَهَا ، سَلَّمَهَا وَأَخَذَ مَا وَجِبَ لَهُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ الْغُرُورَ الْمَوْجِبَ لِلرُّجُوعِ ، أَنْ يَكُونَ اشْتِرَاطُ الْحُرِّيَّةِ مُقَارِنًا لِلْعَقْدِ ، فَيَقُولُ : زَوَّجْتُكَهَا عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، لَمْ يَمْلِكِ الْفَسْخَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ خِلَافُ هَذَا ، فَإِنَّ الصَّحَابَةَ الَّذِينَ قَضَوْا بِالرُّجُوعِ لَمْ يُفَرِّقُوا بَيْنَ أَنْوَاعِ الْغُرُورِ ، وَلَمْ يَسْتَفْصِلُوا ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْعَقْدَ لَمْ يَقَعْ هَكَذَا ، وَلَمْ تَجْرَ بِهِ الْعَادَةُ فِي الْعُقُودِ ، وَلَا يَجُوزُ حَمْلُ^(٢) قَضَائِهِمْ^(٣) الْمُطْلَقِ عَلَى صُورَةٍ نَادِرَةٍ لَمْ تُنْقَلْ ، وَلِأَنَّ الْغُرُورَ^(٤) قَدْ يَكُونُ مِنَ الْمَرَأَةِ ، وَلَا لَفْظَ لَهَا فِي الْعَقْدِ ، وَلِأَنَّهُ مَتَى أَخْبَرَهُ بِحُرِّيَّتِهَا أَوْ أَوْهَمَهُ ذَلِكَ بِقَرَائِنٍ تُغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ حُرِّيَّتَهَا ، فَكَفَحَهَا عَلَى ذَلِكَ ، وَرَغِبَ فِيهَا ، وَأَصْدَقَهَا صَدَاقَ الْحَرَائِرِ ، ثُمَّ لَزِمَهُ الْغَرْمُ ، فَقَدْ اسْتَصَرَّ بِنَاءً عَلَى قَوْلِ الْمُخْبِرِ لَهُ وَالْعَارِ ، فَتَجِبُ إِزَالَةُ الضَّرَرِ عَنْهُ بِإِثْبَاتِ الرُّجُوعِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ وَأَصَرَّ بِهِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ كَانَ الْغُرُورُ مِنْ اثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَالرُّجُوعُ عَلَى جَمِيعِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ الْغُرُورُ مِنْهَا وَمِنْ الْوَكِيلِ ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ .

الفصل الخامس : أَنَّهُ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ مِمَّنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ،

(١) فِي م : « تَسْلِيمُهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م . . .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « قَضَائِهِمْ بِهِمْ » .

(٤) فِي م : « الْغَرَر » .

فإنه يُفَرَّقُ بينهما ؛ لأننا تَبَيَّنَّا أَنَّ النِّكَاحَ فَاسِدٌ مِنْ أَصْلِهِ ؛ لَعَدَمِ شَرْطِهِ .
وهكذا إِنْ كَانَ تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا ، أَوْ اخْتِلَ شَرْطٌ مِنْ شُرُوطِ
النِّكَاحِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ، يُفَرَّقُ بينهما . والحكمُ في الرُّجُوعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .
وَإِنْ كَانَ مِنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، وَكَانَتِ الشَّرَائِطُ مُجْتَمِعَةً ، فَالْعَقْدُ
صَحِيحٌ ، وَلِلزَّوْجِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْمُقَامِ عَلَى النِّكَاحِ . وهذا معنى
قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا خِيَارَ لَهُ ؛
لَأَنَّ الْكَفَاءَةَ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ ، فَيُسْتَعْنَى
بِهِ [١٣٣/٦ ط] عَنِ الْفَسْخِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ غَرٌّ فِيهِ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِحُرِّيَّةِ
الْآخَرِ ، فَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ كَالْآخَرِ ، وَلِأَنَّ الْكَفَاءَةَ وَإِنْ لَمْ تُعْتَبَرْ ، فَإِنَّ عَلَيْهِ
ضَرَرًا فِي اسْتِرْقَاقِ وَلَدِهِ وَرِقِّ امْرَأَتِهِ ، وَذَلِكَ أَعْظَمُ مِنْ فَقْدِ الْكَفَاءَةِ . فَأَمَّا
الطَّلَاقُ فَلَا يَنْدَفِعُ بِهِ الضَّرَرُ ؛ فَإِنَّهُ يُسْقِطُ نِصْفَ الْمُسَمَّى ، وَالْفَسْخُ يُسْقِطُ
جَمِيعَهُ . فَإِذَا فَسَخَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَإِنْ رَضِيَ بِالْمُقَامِ مَعَهَا ،
فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، وَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ رَقِيقٌ
لِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ رِقِّهِمْ فِي الْعُرُورِ اعْتِقَادُ الزَّوْجِ حُرِّيَّتُهَا ، وَقَدْ زَالَ
ذَلِكَ بِالْعِلْمِ . وَلَوْ وَطَّعَهَا قَبْلَ الْعِلْمِ فَعَلِقَتْ مِنْهُ ، ثُمَّ عَلِمَ قَبْلَ الْوَضْعِ ،
فَهُوَ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ وَطَّعَهَا مُعْتَقِدًا حُرِّيَّتَهَا .

فصل : والحكمُ في المُدَبَّرَةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ (وَالْمُعْتَقَةِ بِصِفَةٍ) ، كَالْأَمَةِ

الْقِنْ ؛ لَأَنَّهَا نَاقِصَةٌ بِالرَّقِّ ، إِلَّا أَنْ وَلَدَ أُمُّ الْوَلَدِ ^(١) يُقَوِّمُ كَأَنَّهُ عَبْدٌ لَهُ حُكْمُ أُمِّهِ ، وَكَذَلِكَ مَنْ أُعْتِقَ بَعْضُهَا ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا فَدَى الْوَلَدَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا فِدَاءُ مَا فِيهِ مِنَ الرَّقِّ ؛ لِأَنَّ بَقِيَّتَهُ حُرٌّ بِحُرِّيَّةِ أُمِّهِ ، لَا بِاعْتِقَادِ الْوَاطِئِ . فَإِنْ كَانَتْ مُكَاتَبَةً ، فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ مَهْرَهَا لَهَا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ كَسْبِهَا ، وَكَسْبُهَا لَهَا ، وَتَجِبُ قِيمَةُ وَلَدِهَا عَلَى الرِّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَيَكُونُ ذَلِكَ تَسْتَعِينُ بِهِ فِي كِتَابَتِهَا . فَإِنْ كَانَ الْغُرُورُ مِنْهَا ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي إِجَابِ شَيْءٍ ^(٢) لَهَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَ الْغُرُورُ مِنْ غَيْرِهَا ، غَرِمَهُ لَهَا ، وَرَجَعَ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ .

فصل : وَلَا يَثْبُتُ أَنَّهَا أُمَةٌ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، وَيُثْبِتُ بِالْبَيِّنَةِ . فَإِنْ أَقَرَّتْ أَنَّهَا أُمَةٌ ، فَقَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ أَبِي الْحَارِثِ : لَا يَسْتَحِقُّهَا بِإِقْرَارِهَا ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهَا يُزِيلُ النِّكَاحَ عَنْهَا ، وَيُثْبِتُ حَقًّا عَلَى غَيْرِهَا ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَأَقْرَارِهَا بِمَالٍ عَلَى غَيْرِهَا . وَقَالَ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ : لَا شَيْءَ حَتَّى تَثْبُتَ لَهُ ، أَوْ تُقَرَّرَ هِيَ أَنَّهَا أُمَةٌ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ يُقْبَلُ إِقْرَارُهَا ؛ لِأَنَّهَا مُقَرَّرَةٌ عَلَى نَفْسِهَا بِالرَّقِّ ، أَشْبَهَ غَيْرَ الزَّوْجَةِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يُقْبَلُ مِنْ غَيْرِ ذَاتِ الزَّوْجِ إِقْرَارُهَا بِالرَّقِّ بَعْدَ إِقْرَارِهَا بِالْحُرِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا أَقَرَّتْ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى .

فصل : فَإِنْ حَمَلَتِ الْمَغْرُورُ بِهَا ، فَضَرَبَهَا ضَرْبًا فَالَقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ،

(١) بعده في المغنى ٤٤٧/٩ : « والمديرة » .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ كَانَ الْمَعْرُورُ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ ، [٢٠٨ ط] وَيَفْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ .

الشرح الكبير

فعلى الضارب غُرَّةٌ ؛ لأنه محكومٌ بحُرِّيَّتِهِ ، وَيَرِثُهَا وَرَثَتُهُ^(١) . فَإِنْ كَانَ الضاربُ أباه ، لم يَرِثْهُ . ولا يَجِبُ بَدَلُ^(٢) هذا الولدِ^(٣) لِلسَّيِّدِ ؛ لأنه إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ بَدَلُ^(٤) حَيٍّ ، وهذا مَيِّتٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ لَهُ عَشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّ الواطئَ قَوَّتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ^(٥) بِاعْتِقَادِ الْحُرِّيَّةِ ، وَلَوْلَاهُ لَوَجَبَ ذَلِكَ لَهُ^(٦) .

فصل : وَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ إِذَا ظَنَّنَهَا حُرَّةً فَبَانَتْ أُمَةً ، كَمَا إِذَا شَرَطَ ذَلِكَ . وقال الشافعيُّ : لا خِيَارَ لَهُ . [١٣٤/٦ و] وَوَأَفَقْنَا^(٧) فِيمَا إِذَا ظَنَّ أَنَّهَا مُسْلِمَةٌ فَبَانَتْ كَافِرَةً ، أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ . وقال بَعْضُهُمْ : فِيهِمَا^(٨) جَمِيعًا قَوْلَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ نَقْصَ الرِّقِّ أَعْظَمُ ضَرَرًا ، فَإِنَّهُ يُؤَثِّرُ فِي رِقِّ وَلَدِهِ ، وَمَنْعِ كَمَالِ اسْتِمْتَاعِهِ ، فَكَانَ لَهُ الْخِيَارُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ كَافِرَةً .

٣١٨٣ - مسألة : (وَإِنْ كَانَ الْمَعْرُورُ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ ، وَيَفْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ) وَجَمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ حُكْمَ الْعَبْدِ

الإنصاف

قوله : وَإِنْ كَانَ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ ، وَيَفْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ . فَيَكُونُ الْفِدَاءُ مُتَعَلِّقًا

(١) في الأصل : « ترثه » .

وبعده في المغني ٤٤٨/٩ : « من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل » .

(٢) في م : « بدل » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : « ووافقاه » .

(٦) في الأصل : « فهما » .

الْمَعْرُورِ حُكْمُ الْحُرِّ فِي حُرِّيَّةِ أَوْلَادِهِ . وقال أبو حنيفة : وَلَدُهُ رَقِيقٌ ؛ لِأَنَّ أَبَوَيْهِ رَقِيقٌ . وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَهَا مُعْتَقِدًا حُرِّيَّتَهَا ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ ، فَإِنَّ هَذَا هُوَ الْعِلَّةُ الْمُقْتَضِيَةُ لِلْحُرِّيَّةِ فِي مَحَلِّ الْوِفَاقِ ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَكَانَ رَقِيقًا ، فَإِنَّ عِلَّةَ رِقِّ الْوَلَدِ رِقُّ الْأُمِّ خَاصَّةً ، وَلَا عِبْرَةَ بِالْأَبِ ، بِدَلِيلِ وَلَدِ الْحُرِّ مِنَ الْأَمَةِ ، وَلَدِ الْحُرَّةِ مِنَ الْعَبْدِ . وَعَلَى الْعَبْدِ فِدَاؤُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ رِقَّهُمْ بِاعْتِقَادِهِ وَفِعْلِهِ ، وَلَا مَالَ لَهُ فِي الْحَالِ ، فَيُخْرَجُ فِي ذَلِكَ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ كَجِنَايَتِهِ . وَالثَّانِي ، بِذِمَّتِهِ يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَهُوَ قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْخُلْعِ مِنَ الْأَمَةِ إِذَا بَذَلَتْهُ بَغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا . وَيُفَارِقُ الْأَسْتِدَانَةَ وَالْجِنَايَةَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا^(١) اسْتَدَانَ أَتْلَفَ مَالَ الْعَرِيمِ ، فَكَانَ جِنَايَةً مِنْهُ ، وَهَلْهُنَا لَمْ يَجْرَ فِي الْأَوْلَادِ جِنَايَةٌ ، وَإِنَّمَا عَتَقُوا مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ ، وَمَا حَصَلَ لَهُ^(٢) مِنْهُمْ عَوَظٌ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ فِي ذِمَّتِهِ يُتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ

بَذِمَّتِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنَجَّى » . وَقِيلَ : يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ فِي « التَّرْغِيبِ » . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَهَذَا هُوَ الْمُتَوَجَّهُ قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ^(٣) جِنَايَةِ مُحَضَّةٍ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَقِيلَ : يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ ، فَيَرْجِعُ بِهِ سَيِّدُهُ فِي الْحَالِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « لهم » .

(٣) سقط من : الأصل .

العِتْقِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ حِينَ يَعْرِضُهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ لَهُ بَذْلُ مَا لَمْ يَفْتِ^(١) عَلَيْهِ ، وَأَمَّا الْحُرِّيَّةُ فَتَتَعَجَّلُ فِي الْحَالِ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْفِدَاءَ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ . وَجَبَ فِي الْحَالِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ سَيِّدُهُ فِي الْحَالِ ، وَيَثْبُتُ لِلْعَبْدِ الْخِيَارُ ، كَثْبُوتُهُ لِلْحُرِّ الَّذِي يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي رِقٍّ وَلَدِهِ ، وَنَقْصًا فِي اسْتِمْتَاعِهِ ، فَإِنَّهَا لَا تَكُونُ عِنْدَهُ لَيْلًا وَنَهَارًا ، وَلَمْ يَرْضَ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ لَهُ خِيَارٌ ؛ لِأَنَّهُ فَقَدْ^(٢) صِفَةً لَا يَنْقُصُ بِهَا عَنْ رُقَبَتِهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ شَرَطَ نَسَبَ امْرَأَةٍ^(٣) فَبَانَتْ بِخِلَافِهِ ؛ لِأَنَّهَا مُسَاوِيَةٌ لِنَسَبِهِ ،

قوله : وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ . بِلَا نِزَاعٍ ، كَأَمْرِهِ بِإِتْلَافِ مَالٍ غَيْرِهِ بِأَنَّهُ لَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ . ذَكَرَهُ فِي « الْوَاضِحِ » . لَكِنْ مِنْ شَرْطِ رُجُوعِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، أَنْ يَكُونَ قَدْ شَرَطَ لَهُ أَنَّهَا حُرَّةٌ مُطْلَقًا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقَطَعَ بِهِ كَثِيرٌ مِنْهُمْ . وَقِيلَ : إِنْ كَانَ الشَّرْطُ مُقَارِنًا لِلْعَقْدِ ، رَجَعَ ، وَإِلَّا فَلَا . اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَقَطَعَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، فَقَالَ : الشَّرْطُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يَشْتَرِطَ حُرِّيَّتَهَا فِي نَفْسِ الْعَقْدِ ، فَأَمَّا إِنْ تَقَدَّمَ ذَلِكَ عَلَى الْعَقْدِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَهَا مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطِ الْحُرِّيَّةِ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ . انْتَهَى . وَقَالَ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » : وَيَرْجِعُ أَيْضًا بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مَعَ إِيْهَامِهِ بِقَرِينَةِ حُرِّيَّتِهَا . وَفِي « الْمُعْنَى »^(٤) أَيْضًا : وَلَوْ كَانَ الْغَارُ أَعْجَنِيًّا ، كَوَكِيلِهَا . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَمَا ذَكَرَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، هُوَ إِطْلَاقُ نَصُوصِهِ . وَقَالَ أَبُو

(١) فِي م : « يَثْبُت » .

(٢) فِي م : « نَقَص » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « امْرَأَتِهِ » .

(٤) ٤٤٥/٩ .

بِخِلَافِ تَعْرِيرِ الْحُرِّ . وقال بعضُ الشافعيةِ : لا خيارَ له . وقال بعضهم : فيه قولان . والأوَّلَى ما ذَكَرْنَاهُ . وإذا اختارَ الإقَامَةَ ، فالمَهْرُ واجبٌ ، لا يَرْجَعُ به على أَحَدٍ ، وإنِ اختارَ الفَسْخَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ ، وإن كان بعده والنِّكَاحُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، فالمَهْرُ واجبٌ عليه ، وفي الرُّجُوعِ اخْتِلَافٌ ذَكَرْنَاهُ فيما مَضَى . وإن كان بغيرِ إِذْنِهِ ، فالنِّكَاحُ فاسدٌ . فإن دَخَلَ بها ، ففي قَدَرٍ ما يَجِبُ به وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، مَهْرُ المِثْلِ . والثاني ، الخُمُسَانِ . وهل يَرْجَعُ به ؟ على وَجْهَيْنِ .

الخطَّابِ ، وقاله أيضًا فيما إذا دُلِسَ غيرُ البائعِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، في رِوَايَةِ حَرْبٍ ، يَفْتَضِي الرُّجُوعَ مع الظَّنِّ . وهو اختيارُ أبي محمدٍ ، وأبي العَبَّاسِ ؛ إِذِ الصُّحَابَةُ الَّذِينَ قَضَوْا بِالرُّجُوعِ لم يَسْتَفْصِلُوا ، وَيُحَقِّقُ ذلك ، أَنَّ الأصحابَ لم يَشْتَرِطُوا ذلك في الرُّجُوعِ في العَيْبِ . انتهى .

فائدة : لِمُسْتَحَقِّ الفِدَاءِ مُطالَبَةُ الغارِّ ابتداءً . نصَّ عليه . وجزمَ به في « المُحَرَّرِ » ، و « الرُّعَايَتَيْنِ » ، و « الفُرُوعِ » ، و « الحاوي الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال في « الرُّعَايَةِ » : قلتُ : كما لو ماتَ عَبْدًا أو عَتِيقًا أو مُفْلِسًا . وجعل الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، في المَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ . قال ابنُ رَجَبٍ : وكذلك أشارَ إليه جَدُّهُ في تَغْلِيْقَتِهِ على « الهِدَايَةِ » . قال ابنُ رَجَبٍ ، رَحِمَهُ اللهُ : وهو الأَظْهَرُ . ويرْجِعُ هذا إلى أَنَّ المَعْرُورَ ؛ هل يُطالَبُ ابتداءً بما يَسْتَقِرُّ ضَمَانُهُ على الغارِّ ، أم لا يُطالَبُ به سِوَى الغارِّ ؟ كما نصَّ عليه في رِوَايَةِ جَماعَةٍ هنا . ومتى قلنا : يُخَيَّرُ بينَ مُطالَبَةِ الزَّوْجِ والغارِّ . فلا فَرْقَ بينَ أَنْ يكونَ أَحَدُهُما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا ، أو يَكُونَا مُوسِرَيْنِ ، وإن قلنا : لا يجوزُ سِوَى مُطالَبَةِ الغارِّ ابتداءً . وكان الغارُّ مُعْسِرًا والآخَرُ مُوسِرًا ، فهل يُطالَبُ هنا ؟ فيه تَرَدُّدٌ . وقد تُشَبِّهُ المَسْأَلَةُ بما إذا

كان عاقلة القاتل خطأ ممن لا تحمِلُ العقلَ ، فهل يحمِلُ القاتِلُ الدِّيةَ ، أم لا ؟ انتهى .

تنبيهان ؛ الأول ، سُكُوتُ الْمُصَنِّفِ عَنْ ذِكْرِ الْمَهْرِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِهِ . وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ . قَالَ الْقَاضِي : الْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، قَالَ : كُنْتُ أَذْهَبُ إِلَى حَدِيثِ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، ثُمَّ هَبْتُهُ ، وَكَأَنِّي ^(١) أَمِيلُ إِلَى حَدِيثِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَحَدِيثُ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بِالرُّجُوعِ بِالْمَهْرِ ، وَحَدِيثُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بَعْدَهُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، يَرْجِعُ بِهِ أَيْضًا . اخْتَارَهُ الْخِرَقِيُّ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : اخْتَارَهُ الْقَاضِي ، وَأَبُو مُحَمَّدٍ ، يَعْنِي بِهِ الْمُصَنِّفَ ، وَغَيْرُهُمَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . قُلْتُ : وَهُوَ الْمَذْهَبُ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، يَجِبُ الْمَهْرُ الْمُسَمَّى . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَعَنْهُ ، مَهْرُ الْمَثَلِ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ . وَيَأْتِي ذَلِكَ فِي آخِرِ كِتَابِ الصَّدَاقِ ، فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ .

الثَّانِي ، قَوْلُهُ : وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ . إِنْ كَانَ الْغَارُ السَّيِّدَ ، عَتَقَتْ إِذَا أَتَى بَلْفَظِ الْحُرِّيَّةِ ، وَزَالَتْ الْمَسْأَلَةُ ، وَإِنْ كَانَ بغيرِ لَفْظِ الْحُرِّيَّةِ ، لَمْ تَعْتَقْ ، وَلَمْ يَجِبْ لَهُ شَيْءٌ ؛ إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي وُجُوبِ شَيْءٍ لَهُ ، وَ^(٢) يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ . لَكِنْ إِنْ قُلْنَا : إِنْ الزَّوْجُ لَا يَرْجِعُ بِالْمَهْرِ . وَجَبَ لِلْسَّيِّدِ ^(٣) ، وَإِنْ كَانَ الْغَارُ الْأَمَةَ ، رَجَعَ عَلَيْهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ . وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « وَكُنْتُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لِلْسَّيِّدَةِ » .

وَأِنْ تَزَوَّجْتَ رَجُلًا عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ تَطْنُتُهُ حُرًّا ، فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا
الْخِيَارُ .

الشرح الكبير

٣١٨٤ - مسألة : (وَإِنْ تَزَوَّجْتَ) المرأة (عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ

الإِنْصَافُ

وغيره . وقدمه في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » . وقيل : لا يرجع عليها . وأطلقهما الزركشي . نقل ابن الحكم ، لا يرجع عليها . قال المصنف : ظاهر كلام الإمام أحمد ، رحمه الله ، لا يرجع عليها . قال الزركشي : ظاهر كلام الإمام أحمد ، رحمه الله ، في رواية جماعة ، لا يرجع عليها . فعلى الأول ، هل يتعلق بذمتها ، أو برقيتها ؟ فيه [٣١/٣] وجهان . وأطلقهما في « الفروع » . قال المصنف ، والشارح ، وابن رزين في « شرحه » ، والزركشي : هل يتعلق برقيتها أو بذمتها ؟ على وجهي استدانة العبد بدون إذن سيده . وتقدم ذلك في أواخر باب الحجر ، وأن الصحيح أنه يتعلق برقيته . وقال القاضي : قياس قول الخرقي ، أنه يتعلق بذمتها ؛ لأنه قال في الأمة ، إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها : يتبعها به إذا عتقت . فكذا هنا . وإن كانت الغارة مكاتبة ، فلا مهر لها ، في أصح الوجهين . قاله في « الفروع » . وجزم به في « المعنى » ، و « الشرح » . وإن كان الغار أجنبياً ، فالصحيح من المذهب ، أنه يرجع عليه . ونص عليه ، في رواية عبد الله ، وصالح ، وعليه جماهير الأصحاب ، وقطعوا به . وظاهر كلام القاضي عدم الرجوع عليه ؛ فإنه قال : الغار وكيلها ، أو هي نفسها . قاله الزركشي . وإن كان الغار الوكيل ، رجع عليه في الحال ، وإن كان العرر منها ومن وكيلها ، فالضمان بينهما نصفان . قاله في « المستوعب » وغيره . ويأتي نظيرها في العرر بالغيب .

فائدة : قوله : (وَإِنْ تَزَوَّجْتَ رَجُلًا عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ تَطْنُتُهُ حُرًّا ، فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا

تَظُنُّهُ حُرًّا ، فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ) أَمَّا النِّكَاحُ فَهُوَ [١٣٤/٦ ط] صَحِيحٌ .
وهو قولُ أبي حنيفة ، وأحدُ قولَي الشافعي ؛ لأنَّ اختلافَ الصُّفَةِ لا يَمْنَعُ
صِحَّةَ الْعَقْدِ ، كما لو تزَوَّجَ أُمَةٌ على أَنَّها حُرَّةٌ . وهذا إذا كَمَلَتْ شُرُوطُ
النِّكَاحِ ، وكان بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ^(١) . وإنْ كانتِ الْمَرْأَةُ حُرَّةً ، وَقُلْنَا : الْحُرِّيَّةُ
ليست مِنْ شُرُوطِ الْكِفَاءَةِ . أو ^(٢) : إِنْ فَقَدَ الْكِفَاءَةُ لا يُبْطَلُ النِّكَاحُ .
فهو صحيحٌ ، و ^(٣) لِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالْإِمْضَاءِ ، فَإِنْ اخْتَارَتْ
إِمْضَاءَهُ ^(٤) ، فَلَا وَلِيَّائِهَا الْاعْتِرَاضُ عَلَيْهَا ؛ لَعَدَمِ الْكِفَاءَةِ . وإنْ كانتِ أُمَةٌ
فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لَهَا الْخِيَارُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبِتَ الْخِيَارُ لِلْعَبْدِ إِذَا غُرَّ مِنْ
أُمَةٍ ، ثَبِتَ لِلْأُمَةِ إِذَا غُرَّتْ بِعَبْدٍ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِفَسَادِ الْعَقْدِ بِهِ
فَفُرَّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ
أَوِ الْمُسَمَّى ، عَلَى مَا قَدَّمْنَا مِنَ الْاِخْتِلَافِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ فُسِّخَ النِّكَاحُ
مَعَ الْقَوْلِ بِصِحَّتِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَلَهَا الْمُسَمَّى ؛
لِأَنَّهُ فُسِّخَ طَرَأَ عَلَى نِكَاحٍ ^(٥) ، فَأَشْبَهَ الطَّلَاقَ .

الْخِيَارُ . بَلَا زِوَاعٍ . وَنَصٌّ عَلَيْهِ . وَلَكِنْ لَوْ شَرَطْتَ صِفَةً غَيْرَ ذَلِكَ ، فَبَانَ أَقَلُّ
مِنْهَا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : لَوْ شَرَطْتَهُ نَسَبِيًّا لَمْ يُخْلَعْ
بِكِفَاءَةٍ فَلَمْ تَكُنْ ، فَلَا فُسْخَ لَهَا . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « و » .

(٣) بعده في م : « لأن » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « نكاحه » .

فَصْلٌ : وَإِنْ عَتَقَتِ الْأَمَةُ وَزَوَّجَهَا حُرًّا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ،.....

الشرح الكبير

فصل : فَإِنْ غَرَّهَا بِنَسَبٍ فَبَانَ دُونَهُ ، وَكَانَ ذَلِكَ مُخِلًّا بِالْكَفَاءَةِ ، وَقُلْنَا بِصِحَّةِ النِّكَاحِ ، فَلَهَا الْخِيَارُ ، فَإِنْ اخْتَارَتِ الْإِمْرَأَةُ ، فَلَأَوْلِيَّائِهَا الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ يُخِلَّ بِالْكَفَاءَةِ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمُعْتَبَرٍ فِي النِّكَاحِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ شَرَطْتَهُ فَقِيهًا فَبَانَ بِخِلَافِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ اشْتَرَطَتْ غَيْرَ النَّسَبِ ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُعْتَبَرُ فِي الْكَفَاءَةِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ غَيْرُ مُكَافِئٍ ، لَهَا فِي النَّسَبِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَبَرُ فِي الْكَفَاءَةِ ، كَالْفَقْهِ وَالْجَمَالِ وَأَشْبَاهِ ذَلِكَ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا يُؤَثِّرُ فِي النِّكَاحِ ، « فَلَا يُؤَثِّرُ اشْتِرَاؤُهُ . » (١) وَذُكِرَ فِيمَا (٢) إِذَا بَانَ نَسَبُهُ دُونَ مَا ذَكَرَهُ ، وَجْهٌ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهَا (٣) وَإِنْ لَمْ يُخِلَّ بِالْكَفَاءَةِ . وَالْأَوَّلَى مَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : قَالَ الشَّيْخُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَإِنْ عَتَقَتِ الْأَمَةُ وَزَوَّجَهَا حُرًّا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ) هَذَا قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَسَعِيدٍ

الإنصاف

و « الْحَاوِي الصَّغِير » . وَقِيلَ فِي النَّسَبِ (٤) : وَلَوْ كَانَ مُمَائِلًا لَهَا . وَفِي « الْجَامِعِ الْكَبِيرِ » : وَغَرَّهُ شَرْطُ حُرِّيَّةٍ (٥) وَنَسَبٍ . وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، كَشْرُوطَهُ ، وَأَوَّلَى ؛ لِمَلِكِهِ طَلَاقُهَا .

قوله : وَإِنْ عَتَقَتِ الْأَمَةُ وَزَوَّجَهَا حُرًّا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢-٢) في م : « وذلك أنه » . وانظر المغنى ٤٤٩/٩ .

(٣) في الأصل : « النسب » .

(٤) في الأصل : « وجزم به » .

ابن المُسَيَّبِ ، والحسن ، وعطاء ، وسليمان بن يسار ، وأبي قلابَة ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق . وقال طاوُس ، وابن سيرين ، ومجاهد ، والنخعي ، وحماد بن أبي سليمان ، والثوري ، وأصحاب الرأي : لها الخيار ؛ لما روى الأسود عن عائشة ، أن النبي ﷺ خيرَ بَريرةَ ، وكان زوجها حراً . رواه النسائي^(١) . ولأنها كملت بالحرية ، فكان لها الخيار ، كما لو كان زوجها عبداً . وروى ذلك عن أحمد . ولنا ، أنها كافأت زوجها في الكمال ، فلم يثبت لها الخيار ،

الشرح الكبير

المذهب ، نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . قال الزركشي : وهو المذهب المنصوص والمختار بلا ريب . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وصححه المجتهد ، والتاظم ، وغيرهما . وقدمه في « المغني » ، و « الشرح » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، و « الهداية » ، وغيرهم . وعنه ، لها الخيار . وقدمه في « المحرر » . وهو ظاهر ما جزم به في « المنور » . وهما

الإنصاف

(١) في : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... من كتاب البيوع . المجتبى ٨١/٥ ، ١٣٣/٦ ، ٢٦٤/٧ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب ميراث السائبة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ١٩٢/٨ ، وقال : قول الأسود منقطع ، وقول ابن عباس : رأيته عبداً . أصح . ومسلم ، في : باب الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٤/٢ . وأبو داود ، في : باب من قال : كان حراً . من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٨/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في المرأة تعتق ولها زوج ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ١٠١/٥ . وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٧٠/١ . والدارمي ، في : باب في تخيير الأمة تكون تحت العبد فعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٩/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢/٦ ، ١٧٠ ، ١٧٢ ، ١٧٥ ، ١٨٦ .

الشرح الكبير

كما لو أَسْلَمَتِ الْكِتَابِيَّةُ تَحْتَ الْمُسْلِمِ . فَأَمَّا خَبْرُ الْأَسْوَدِ عَنْ عَائِشَةَ ، فَقَدْ رَوَى عَنْهَا الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، وَعُرْوَةُ ، أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا ^(١) . وَهَما أَخَصُّهُمَا مِنَ الْأَسْوَدِ ؛ لِأَنَّهُمَا ابْنُ أُخِيهَا وَابْنُ أُخْتِهَا . وَقَدْ رَوَى ^(٢) الْأَعْمَشُ ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، عَنْ الْأَسْوَدِ ^(٣) ، عَنْ عَائِشَةَ ، أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا . فَتَعَارَضَتْ رِوَايَتَاهُ . [١٣٥/٦] . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : كَانَ زَوْجُ بَرِيرَةَ عَبْدًا أَسْوَدَ لَبْنَى الْمُغِيرَةِ ، يُقَالُ لَهُ : مُغِيثٌ . رَوَاهُ الْبَخَارِيُّ ، وَغَيْرُهُ ^(٤) .

وَجِهَانُ مُطْلَقَانِ فِي « الْخُلَاصَةِ » . وَاخْتَارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَغَيْرُهُ ، أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ فِي الْفَسْخِ تَحْتَ حُرٍّ . وَإِنْ كَانَ زَوْجُ بَرِيرَةَ عَبْدًا ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَتْ رَقَبَتَهَا ، فَلَا يُمْلِكُ عَلَيْهَا إِلَّا بِاخْتِيَارِهَا . وَيَأْتِي قَرِيبًا . إِذَا عَتَقَ بَعْضُهَا أَوْ بَعْضُهُ ، هَلْ يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ ، أَمْ لَا ؟

فَائِدَةٌ : لَوْ عَتَقَ الْعَبْدُ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . وَفِي « الْأَنْتِصَارِ » احْتِمَالٌ بِأَنَّ لَهُ الْخِيَارَ . وَحَكَاهُ عَنِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَفِي « الْوَاضِحِ » احْتِمَالٌ ، يَنْفَسِخُ ؛ بِنَاءً عَلَى غِنَاهُ عَنْ أَمَةٍ بِحُرَّةٍ . وَذَكَرَ غَيْرُهُ وَجْهًا ^(٤) ، إِنْ وَجَدَ طَوْلًا . وَفِي « الْوَاضِحِ » أَيْضًا احْتِمَالٌ ؛ بِنَاءً عَلَى الرِّوَايَةِ فِيمَا إِذَا اسْتَعْنَى عَنْ نِكَاحِ الْأَمَةِ بِحُرَّةٍ ، فَإِنَّهُ يَبْطُلُ . وَتَقَدَّمَ ذَلِكَ فِي الْكَفَاءَةِ ، قَبْلَ قَوْلِهِ : وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، قَالَ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٧ .

(٢-٣) في النسختين : « الْأَسْوَدُ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عُرْوَةَ » . وَأَخْرَجَهُ الدَّارَقُطْنِيُّ كَمَا أَثْبَتَاهُ فِي سَنَةِ ٢٨٩/٣ .
وَانْظُرِ الْمَغْنَى ٧٠/١٠ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٨ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « وَجِهَانٌ » .

المقنع وإن كَانَ عَبْدًا فَلَهَا الْخِيَارُ فِي فسخِ النِّكَاحِ ،.....

الشرح الكبير

وقالت صَفِيَّةُ بِنْتُ أَبِي عُبَيْدٍ : كَانَ زَوْجُ بَرِيرَةَ عَبْدًا^(١) . قَالَ أَحْمَدُ : هَذَا ابْنُ عَبَّاسٍ وَعَائِشَةُ قَالَا فِي زَوْجِ بَرِيرَةَ : إِنَّهُ عَبْدٌ . رِوَايَةُ عُلَمَاءِ الْمَدِينَةِ وَعَمَلُهُمْ ، وَإِذَا رَوَى أَهْلُ الْمَدِينَةِ حَدِيثًا وَعَمِلُوا بِهِ ، فَهُوَ أَصَحُّ شَيْءٍ ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ^(٢) أَنَّهُ حُرٌّ^(٣) عَنْ الْأَسْوَدِ وَحْدَهُ ، فَأَمَّا غَيْرُهُ فَلَيْسَ بِذَاكَ . قَالَ : وَالْعَقْدُ صَحِيحٌ ، فَلَا يُفْسَخُ بِالْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، وَالْحُرُّ فِيهِ اخْتِلَافٌ ، وَالْعَبْدُ لَا اخْتِلَافَ فِيهِ . وَيُخَالِفُ الْحُرُّ الْعَبْدَ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ نَاقِصٌ ، فَإِذَا كَمَلَتْ تَحْتَهُ ، تَصَرَّرَتْ بِبَقَائِهَا عِنْدَهُ ، بِخِلَافِ الْحُرِّ .

٣١٨٥ - مسألة : (وإن كَانَ عَبْدًا فَلَهَا الْخِيَارُ فِي فسخِ النِّكَاحِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ^(١) ، وَغَيْرُهُمَا . وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ بَرِيرَةَ ، قَالَتْ عَائِشَةُ : كَاتَبْتُ بَرِيرَةَ ، فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي زَوْجِهَا ، وَكَانَ عَبْدًا ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا . قَالَ

الإِنصاف

الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَاءَةَ تُعْتَبَرُ فِيهِ لَا فِيهَا ، فَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مُطْلَقًا ، فَبَانَتْ أَمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ، وَلَوْ تَزَوَّجَتْ رَجُلًا مُطْلَقًا ، فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ ، فَكَذَلِكَ فِي الْاسْتِدَامَةِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : كَذَا قَالَ .

قوله : وإن كَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ - بِلَا نِزَاعٍ فِي الْمَذْهَبِ . وَحَكَاهُ ابْنُ

(١) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَهْرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٢٩٣/٣ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي :

بَابِ الْأَمَةِ تَعْتَقُ وَزَوْجَهَا عَبْدٌ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٢٢٢/٧ .

(٢-٢) فِي م : « حَرًا » .

(٣) انْظُرْ : الْاسْتِذْكَارَ ١٧/١٤٩ .

وَلَهَا الْفَسْخُ بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ .

المفنع

الشرح الكبير

عروۃ : ولو كان حرًّا ما خيّرَها . رواه مالك ، وأبو داود ، والنسائي^(١) .
ولأنَّ عليها ضررًا في كونها حرّةً تحت العبد ، فكان لها الخيار ، كما لو تزوّج
حرّةً على أنَّه حرٌّ فإنَّ عبدًا . فإنَّ اختارت الفسخ ، فلها فراقه ، وإن رَضِيَتْ
المُقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك ؛ لأنَّها أسقطت حقَّها ، وهذا ممَّا
لا خلاف فيه بحمد الله .

٣١٨٦ - مسألة : (ولها الفسخ) بنفسها (من غير حكم
حاكم) لأنَّه فسخٌ مُجمَعٌ عليه ، غيرُ مُجتهدٍ فيه ، فلا يفتقرُ إلى حكمٍ
حاكمٍ ، كالرّدِّ بالعيبِ في المبيع ، بخلاف خيارِ العيبِ في النكاح ،
فإنَّه مُجتهدٌ فيه ، فافتقرَ إلى حكمِ الحاكم ، كالفسخِ للإعسار . وروى
الحسن بن^(٢) عمرو بن أمية ، قال : سَمِعْتُ رَجُلًا يَتَحَدَّثُونَ عَنِ النَّبِيِّ
ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ ، فَهِيَ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَطَّأَهَا ، إِنْ شَاءَتْ
فَارْقَتْ ، فَإِنْ وَطَّئَهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا » . رواه الإمام أحمدُ في
« المُسْنَدِ »^(٣) .

المُنْذِر ، وابنُ عبدِ البرِّ ، وغيرُهما إجماعًا - ولها الفسخُ بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ . بلا
نزاع .

(١) انظر ما تقدم في صفحة ٢٦٧ .

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « عن » . والمثبت من الأصل موافق لما أخرجه النسائي بلفظ : « أيما أمة كانت تحت عبد فعتقت ،
فهى بالخيار ما لم يطأها زوجها » . انظر باب إذا أراد أن يعتق العبد وامرأته بأيها يبدأ ، من كتاب العتق . =

فصل : فَإِنْ اخْتَارَتِ الْمُعْتَقَةُ^(١) الْفِرَاقَ ، كَانَ فَسْخًا لَيْسَ بِطَّلَاقٍ .
 وبهذا قال أبو حنيفة ، والثوري ، والحسن بن حي^(٢) ، والشافعي .
 وذَهَبَ مالِكٌ ، والأوزاعي ، والليث ، إلى أَنَّهُ طَلَاقٌ بَائِنٌ . قال مالِكٌ :
 إِلَّا أَنْ تُطَلَّقَ نَفْسُهَا ثَلَاثًا فَتُطَلَّقَ ثَلَاثًا . وَاحْتَجَّ لَهُ بِقِصَّةِ زُبْرَاءَ ، حِينَ طَلَّقَتْ
 نَفْسَهَا ثَلَاثًا^(٣) ، فَلَمْ يَيْلُغْنَا أَنَّ أَحَدًا مِنَ الصَّحَابَةِ أَنْكَرَ ذَلِكَ ، وَلَآئِهَا
 تَمْلِكُ الْفِرَاقَ ، فَمَلَكَتِ الطَّلَاقَ ، كَالرَّجُلِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ :
 « الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ »^(٤) . وَلَآئِهَا فُرْقَةٌ مِنْ قَبْلِ الزَّوْجَةِ ، فَكَانَتْ
 فَسْخًا ، كَمَا لَوْ اخْتَلَفَ دَيْنُهُمَا ، أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ يَنْفَسِحُ نِكَاحَهُ

= السنن الكبرى ١٨٠/٣ . وهو موافق أيضا لما ترجمه الحافظ المزني في : تحفة الأشراف ١٣٨/١١ . وكذا ابن حجر في : النكت الظرف . ولم نجد لحسن بن عمرو ترجمة .
 وذكر الحافظ المزني أنه عند النسائي - لعله في رواية ابن الأحمر - من طريق الشعبي عن عمرو بن أمية الضمري ... قال النسائي : هذا عندي حديث منكر . تحفة الأشراف ١٣٩/١١ .
 والحديث في المسند ٦٥/٤ من رواية الفضل بن عمرو بن أمية عن أبيه . وانظر : التاريخ الكبير للبخاري ١١٥/٧/٤/١ . الجرح والتعديل ٦٤/٧/٣/٢ .
 وفي المسند ٦٦/٤ من رواية الفضل بن الحسن بن عمرو بن أمية . وانظر : التاريخ الكبير ١١٤/٧/٤/١ ، ١١٥ . تهذيب التهذيب ٢٦٩/٨ ، ٢٧٠ .
 وفي المسند ٣٧٨/٥ . من رواية الفضل بن عمرو بن أمية عن أبيه ، ومن رواية الفضل بن الحسن بن عمرو بن أمية .
 (١) سقط من : م .
 (٢) في م : « صالح » .
 (٣) يأتي بتامه في صفحة ٤٥٨ .
 (٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٧٢/١ . وحسنه ، في : الإرواء ١٠٨/٧ - ١١٠ .

فَإِنْ أُعْتِقَ قَبْلَ فُسْخِهَا ، أَوْ أُمْكِنَتْهُ مِنْ وَطْئِهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا .
المقنع

بِرِضَاعِهِ^(١) . وَفَعَلَ زَبْرَاءَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ ، وَلَمْ يَثْبُتِ انْتِسَارُهُ فِي الصَّحَابَةِ .
فَعَلَى هَذَا ، لَوْ^(٢) قَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي . أَوْ : فَسَخْتُ النِّكَاحَ .
انْفُسَخَ . وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي . وَنَوَتْ [١٣٥/٦ ظ] الْمُفَارَقَةَ ، كَانَ
كِنَايَةً عَنِ الْفُسْخِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعْنَاهُ ، فَصَلَحَ كِنَايَةً عَنْهُ ، كَالْكِنَايَةِ بِالْفُسْخِ
عَنِ الطَّلَاقِ .

٣١٨٧ - مسألة : (فَإِنْ أُعْتِقَ قَبْلَ فُسْخِهَا ، أَوْ أُمْكِنَتْهُ مِنْ وَطْئِهَا ،
بَطَلَ خِيَارُهَا) أَمَّا إِذَا أُعْتِقَ الزَّوْجُ قَبْلَ خِيَارِهَا ، سَقَطَ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ لِدَفْعِ
الضَّرَرِ بِالرُّقِّ ، وَقَدْ زَالَ بَعْتُهُ ، فَسَقَطَ ، كَالْمَيْعِ إِذَا زَالَ عَيْتُهُ . وَهَذَا
أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ وَطَّئَهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا ، عَلِمْتُ بِالْخِيَارِ أَوْ لَمْ
تَعْلَمْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدُ ، وَاخْتَارَهُ الْخَرَقِيُّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ
عَمْرٍ ، وَأُخْتِهِ حَفْصَةَ ، وَنَافِعٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةَ . وَحَكَاهُ بَعْضُ أَهْلِ
الْعِلْمِ عَنْ^(٣) الْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ^(٤) . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا لَمْ تَعْلَمْ ،

قوله : فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ فُسْخِهَا ، أَوْ أُمْكِنَتْهُ مِنْ وَطْئِهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا ، فَإِنْ ادَّعَتْ
الْجَهْلَ بِالْعَتَقِ ، وَهُوَ مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ ، أَوِ الْجَهْلَ بِمِلْكِ الْفُسْخِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا .
إِذَا عَتَقَ قَبْلَ فُسْخِهَا ، سَقَطَ خِيَارُهَا . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ
الْأَصْحَابُ . وَقَالَ الزُّرَّكَشِيُّ : وَقِيلَ : إِنَّهُ وَقَعَ لِلْقَاضِي ، وَابْنُ عَقِيلٍ مَا يَقْتَضِي

(١) فِي م : « بِرِضَاعِهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣-٣) فِي م : « فَقَهَاءُ الشَّيْبَةِ » .

فإن أصابها بعدَ عِلْمِها ، فلا خِيارَ لها . وهذا قولُ عطاءٍ ، والحكم ،
 وحمادٍ ، والثَّورِيِّ ، والأوزاعيِّ ، والشافعيِّ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّها^(١) إذا
 أمكنت من وطئها قبلَ عِلْمِها ، لم يُوجدَ منها ما يدلُّ على الرِّضا ، فهو كما
 لو لم تُصَبِّ . ووجهُ الأوَّلِ ما تقدَّم من حديثِ عمرو بنِ أميَّةَ . وروى
 مالك^(٢) ، عن ابنِ شهابٍ ، عن عُرْوَةَ ، أنَّ مَوْلَاةً لِبَنِي عَدِيٍّ ، يُقالُ لها :
 زَبْرَاءُ . أَخْبَرْتَهُ أَنَّهَا كانت تحتَ عبدٍ ، فَعَتَّقَتْ ، قالتُ : فأرسلتُ إلى
 حَفْصَةَ ، فدَعَتْنِي ، فقالتُ : إنَّ أَمْرَكَ بِيَدِكَ ، ما لم يَمْسُكْ زَوْجُكَ ، وإن
 مَسَّكَ ، فليس لك من الأمرِ شيءٌ . فقلتُ : هو الطَّلَاقُ ، ثم الطَّلَاقُ ،
 [ثم الطَّلَاقُ]^(٣) . ففَارَقْتَهُ ثَلَاثًا . وروى مالك^(٤) ، عن نافعٍ ، عن ابنِ

أنَّه لا يَسْقُطُ . ويأتِي قَرِيبًا في كلامِ الْمُصَنِّفِ : إذا عَتَقَا معًا . وأمَّا إذا مَكَنتَ من
 وَطئها مُخْتَارَةً ، وادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالْعَتَقِ ، وهي مِمَّنْ يَجُوزُ خَفَاءُ ذَلِكَ عَلَيْهَا ؛ مِثْلُ أَنْ
 يَعْتَقَهَا وهو في بَلَدٍ آخَرَ ونحوه ، أو ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِمِلْكِ الْفَسْخِ ، فَقَدَّمَ الْمُصَنِّفُ
 هُنَا قَبُولَ قَوْلِهَا ، وَلَكِنْ مع يَمِينِهَا ، ولها الْخِيَارُ . وهو إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَحَكَاهُ
 الْمُصَنِّفُ في « الْمُعْنَى » عن الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ ، وَحَكَاهُ في « الْكَافِي » عن الْقَاضِي
 وَأَبِي الْخَطَّابِ ، وَحَكَاهُ في « الشَّرْحِ » عن الْقَاضِي . وهو قَوْلُ في « الرَّعَايَةِ » .
 واختَارَهُ جَمَاعَةٌ . وَجَزَمَ بِهِ في « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » . وَقَدَّمَهُ في
 « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُنْهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في : باب ما جاء في الخيار ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٦٣/٢ .

(٣) تكملة من الموطأ .

(٤) في الباب نفسه . الموطأ ٥٦٢/٢ .

فَإِنْ ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالْعِتْقِ ، وَهُوَ مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ ، أَوِ الْجَهْلَ بِمِلْكِ الْمَقْنَعِ

الشرح الكبير

عمر ، أَنَّ لها الْخِيَارَ ما لم يَمَسَّهَا . ولأنَّ خِيَارَ عَيْبٍ ، فَيَسْقُطُ بِالتَّصَرُّفِ فيه مع الْجَهَالَةِ ، كَخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ . ولا تَفْرِيعُ على هذا القولِ . فَأَمَّا على القولِ الْآخَرِ ، فَإِذَا وَطَّعَهَا وَادَّعَتِ الْجَهَالَةَ بِالْعِتْقِ ، وهى مِمَّنْ يَجُوزُ خَفَاءُ ذَلِكَ عَلَيْهَا ، مَثَلُ أَنْ يُعْتَقَّهَا سَيِّدُهَا فى بَلَدٍ آخَرَ ، فالقولُ قولُها مع

الإنصاف

قال فى « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » : فلها الْفَسْخُ فى الْأَصَحِّ . وقال الْخِرَقِيُّ : يَنْطُلُ خِيَارُهَا ، عَلِمَتْ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ . وهو المذهبُ . نصَّ عليه ، فى رِوَايَةِ الْجَمَاعَةِ فِيهِمَا . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا نصُّ الرُّوَايَتَيْنِ ، واختيارُ الْخِرَقِيِّ ، وابنِ أَبِي مُوسَى ، والقاضى فى « الْمُجَرَّدِ » ، و « الْجَامِعِ » . وقَدَّمَهُ فى « الْمُعْنَى » ، و « الشَّرْحِ » . وَيَنْبَغِي عليهما وَطْءُ الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ . على الصَّحِيحِ مِنْ المذهبِ . وقيل : لا يَسْقُطُ خِيَارُهَا . على الرُّوَايَتَيْنِ . وقيل : إِنْ ادَّعَتْ جَهْلًا بِعِتْقِهِ ، فلها الْفَسْخُ ، وَإِنْ ادَّعَتْ جَهْلًا بِمِلْكِ الْفَسْخِ ، فليس لها الْفَسْخُ . وجزم به فى « الْوَجِيزِ » ، [٣٢/٣] وجزم به فى « الْمُحَرَّرِ » فى الْأَوَّلَى . وأُطْلِقَ فى الثَّانِيَةِ الرُّوَايَتَيْنِ . وقال الزَّرْكَشِيُّ : تُقْبَلُ دَعْوَاهَا الْجَهْلُ بِالْعِتْقِ فيما إِذَا وَطَّعَهَا ، والخِيَارُ بِحَالِهِ ، هذا المذهبُ الْمَشْهُورُ لِعَامَّةِ الْأَصْحَابِ . وعن القاضى فى « الْجَامِعِ الْكَبِيرِ » : يَنْطُلُ خِيَارُهَا . وقال فى « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فَإِنْ لَمْ تَخْتَرْ ، حَتَّى عَتَقَ ، أَوْ وَطَّئَ طَوْعًا مع عِلْمِهَا بِالْخِيَارِ ، فلا خِيَارَ لها ، وكذا مع جَهْلِهَا به . وقيل : لا يَنْطُلُ . فَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ هِيَ عِتْقَهَا حَتَّى وَطَّعَهَا ، فَوَجْهَانِ ، فَإِنْ ادَّعَتْ جَهْلًا بِعِتْقِهِ ، أَوْ بِعِتْقِهَا ، أَوْ طَلَبَ الْفَسْخَ به ، ومِثْلُهَا يَجْهَلُهُ ، فلها الْفَسْخُ ، إِنْ حَلَفَتْ . وعنه ، لا فَسْخَ . انتهى .

تنبيه : قوله : فَإِنْ ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالْعِتْقِ ، وهو مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ . هذا

المقنع **الْفَسْخُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَنْطُلُ خِيَارُهَا ، عَلِمَتْ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ .**

الشرح الكبير **يَمِينُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا يَخْفَى ذَلِكَ عَلَيْهَا ؛ لَكُونَهُمَا^(١) فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ ، وَقَدْ اشْتَهَرَ ذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ ، وَإِنْ عَلِمَتْ الْعِنَقَ وَادَّعَتْ الْجَهَالََةَ بِثُبُوتِ الْخِيَارِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَعْلَمُهُ إِلَّا خَوَاصُّ النَّاسِ ، فَالظَّاهِرُ صِدْقُهَا فِيهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي قَبُولِ قَوْلِهَا قَوْلَانِ .**

الإنصاف **الصَّحِيحُ . وَقِيلَ : مَا لَمْ^(٢) يُخَالِفْهَا ظَاهِرٌ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » .**

فَوَائِدُ ؛ إِحْدَاهَا ، حُكْمُ مُبَاشَرَتِهِ لَهَا حُكْمُ وَطْئِهَا ، وَكَذَا تَقْبِيلُهَا ؛ إِذْ مَنَاطُهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا . قَالَهُ الزَّرْكَشِيُّ . وَهُوَ صَحِيحٌ . الثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ لِلزَّوْجِ الْإِقْدَامُ عَلَى الْوَطْءِ ، إِذَا كَانَتْ غَيْرَ عَالِمَةٍ . قَالَ الْمَجْدُ فِي « شَرْحِهِ » : قِيَاسُ مَذْهَبِنَا جَوَازُهُ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالْخَمْسِينَ » : وَفِيمَا قَالَهُ نَظَرٌ ، وَالْأَظْهَرُ تَخْرِيجُهُ عَلَى الْخِلَافِ . يَعْنِي الَّذِي ذَكَرَهُ فِي أَصْلِ الْقَاعِدَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِقْدَامُ عَلَيْهِ . الثَّالِثَةُ ، لَوْ بَذَلَ الزَّوْجُ لَهَا عَوَضًا عَلَى أَنَّهَا تَخْتَارُهُ ، جَازَ . نَصٌّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ مُهَنَّا . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الشَّافِيِّ » . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى صِحَّةِ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ بِعَوَضٍ . وَصَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِجَوَازِهِ فِي خِيَارِ الْبَيْعِ . الرَّابِعَةُ ، قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لَوْ شَرَطَ الْمُعْتَقُ عَلَيْهَا دَوَامَ النِّكَاحِ تَحْتَ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ إِذَا أَعْتَقَهَا ، فَرَضِيَتْ ، لَزِمَهَا ذَلِكَ . قَالَ : وَيَقْتَضِيهِ مَذْهَبُ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَكُونَهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

وَخِيَارُ الْمُعْتَقَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ،
المقنع

الشرح الكبير

٣١٨٨ - مسألة : (وَخِيَارُ الْمُعْتَقَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا
مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا) وَلَا يُمْنَعُ الزَّوْجُ مِنْ وَطْئِهَا . وَمِمَّنْ قَالَ : إِنَّهُ عَلَى
التَّرَاخِي . مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ ، وَأَخِيهِ
حَفْصَةَ . وَبِهِ قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يُسَارٍ ، وَنَافِعٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ . وَقَالَ
أَبُو حَنِيفَةَ ، وَسَائِرُ الْعِرَاقِيِّينَ : لَهَا الْخِيَارُ فِي مَجْلِسِ الْعِلْمِ . وَلِلشَّافِعِيِّ
ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ ، أَظْهَرُهَا كَقَوْلِنَا . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ ، كَخِيَارِ الشُّفْعَةِ .
وَالثَّالِثُ ، أَنَّهُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ
الْحَسَنِ بْنِ عَمْرِو بْنِ أُمَيَّةَ^(١) ، قَالَ : سَمِعْتُ رَجُلًا يَتَحَدَّثُونَ عَنْ

اللَّهُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ الْعِتْقُ بِشَرْطٍ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الرَّابِعَةِ وَالثَّلَاثِينَ » : إِذَا عَقَقَ
الْأَمَةُ الْمُزَوَّجَةَ ، لَمْ تَمْلِكْ مَنْفَعَةَ الْبُضْعِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ تَحْتَ الْعَبْدِ . قَالَ :
وَمَنْ قَالَ بِسِرَايَةِ الْعِتْقِ ، قَالَ : قَدْ مَلَكَتْ بُضْعَهَا ، فَلَمْ يَبْقَ لِأَحَدٍ عَلَيْهَا مِلْكٌ ،
فَصَارَ الْخِيَارُ لَهَا فِي الْمَقَامِ وَعَدَمِهِ ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا .^(٢) قَالَ : وَعَلَى هَذَا لَوْ
اسْتَشْنَى مَنْفَعَةَ بُضْعِهَا لِلزَّوْجِ ، صَحَّ وَلَمْ تَمْلِكِ الْخِيَارَ ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا . ذَكَرَهُ
الشَّيْخُ^(٣) . قَالَ : وَهُوَ مُقْتَضَى الْمَذْهَبِ . انْتَهَى . وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ أَرَادَ بِالشَّيْخِ ، الشَّيْخَ
تَقِيَّ الدِّينِ ، أَوْ سَقَطَ ذِكْرُهُ فِي الْكِتَابَةِ .

قوله : وَخِيَارُ الْمُعْتَقَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا . بِلَا
خِلَافٍ فِي ذَلِكَ . وَيَأْتِي خِيَارُ الْعَيْبِ ، هَلْ هُوَ عَلَى التَّرَاخِي ، أَوْ عَلَى الْفَوْرِ ؟ فِي

(١) انظر ما تقدم في صفحة ٤٥٥ ، ٤٥٦ .

(٢-٣) سقط من : الأصل .

المقنع فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ وَعَقَلَتْ ، وَلَيْسَ لَوَلِيِّهَا الْإِخْتِيَارُ عَنْهَا .

الشرح الكبير رسول الله ﷺ ، [١٣٦/٦] أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ ، فَهِيَ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَطَّأَهَا ، إِنْ شَاءَتْ فَارَقَتْهُ ، وَإِنْ وَطَّئَهَا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا » . وَرَوَاهُ الْأَثَرُ أَيْضًا . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١) ، أَنَّ بَرِيرَةَ عَتَقَتْ ، وَهِيَ عِنْدَ مُعَيْثٍ ، عَبْدٌ لَالٍ أُمِّي ^(٢) أَحْمَدَ ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ ، وَقَالَ لَهَا : « إِنْ قُرْبُكَ فَلَا خِيَارَ لَكَ » . وَلِأَنَّهُ قَوْلُ مَنْ سَمَّيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ^(٣) : لَا أَعْلَمُ لِابْنِ عُمَرَ وَحَفْصَةَ مُخَالَفًا مِنَ الصَّحَابَةِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى ذَلِكَ ، فَتَبَّتْ ^(٤) ، كَخِيَارِ الْقِصَاصِ ، أَوْ خِيَارِ لِدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فَأُشْبِهَ مَا قُلْنَا .

٣١٨٩ - مسألة : (فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ وَعَقَلَتْ) وَلَا خِيَارَ لَهَا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا عَقْلَ لَهَا ، وَلَا قَوْلَ

الإنصاف أَوْ آخِرِ الْبَابِ الْآتِي بَعْدَ هَذَا .

تَنْبِيهِ : ظَاهِرُ قَوْلِهِ : فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً ، أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ وَعَقَلَتْ . أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا خِيَارٌ قَبْلَ الْبُلُوغِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الْوَجِيزِ » ، وَ« الْحَاوِي » ،

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٦٧ .

(٢) في م : « بنى » .

(٣) انظر : الاستذكار ١٥١/٧ .

(٤) بعدها في م : « الخيار » .

مُعْتَبَرٌ ، وَلَا يَمْلِكُ وَلِيُّهُمَا الْاِخْتِيَارَ عَنْهُمَا ؛ لِأَنَّ^(١) هَذَا طَرِيقُهُ الشَّهْوَةُ ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوِلَايَةِ ، كَالْاِقْتِصَاصِ . فَإِذَا بَلَغَتْ الصَّغِيرَةُ وَعَقَلَتْ الْمَجْنُونَةُ ، فَلَهُمَا الْخِيَارُ حِينَئِذٍ ؛ لَكَوْنُهُمَا صَارَا عَلَى صِفَةٍ لِكُلِّ مِنْهُمَا حُكْمٌ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ بَرُوزَ جِهتهما^(٢) عَيْبٌ يُوجِبُ الْفَسْخَ . فَإِنْ كَانَ زَوْجَاهُمَا قَدْ وَطَّاهُمَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْخِيَارِ انْقَضَتْ . وَعَلَى قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ ، لَهُمَا الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ لَا رَأْيَ لَهَا ، فَلَا يَكُونُ تَمْكِينُهُمَا مِنَ الْوَطْءِ دَلِيلًا عَلَى الرِّضَا ، بِخِلَافِ الْكَبِيرَةِ الْعَاقِلَةِ . وَلَا يُمْنَعُ زَوْجَاهُمَا مِنْ وَطْئِهِمَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وغيرهم . وقدمه في « الرُّعَايَتَيْنِ » . وقيل : لها الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ تِسْعًا . وهو المذهب . قال في « الْفُرُوعِ » : إِذَا بَلَغَتْ سِنًا يُعْتَبَرُ قَوْلُهَا فِيهِ ، خُيِّرَتْ . وَذَكَرَهُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَصَرَّحَ بِأَنَّهَا بِنْتُ تِسْعٍ . وَكَذَا صَرَّحَ بِهِ ابْنُ الْبَنَّا فِي « الْعُقُودِ » ؛ فَقَالَ : إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً فَعَتَّقَتْ ، فَهِيَ عَلَى الزَّوْجِيَّةِ إِلَى أَنْ تَبْلُغَ حَدًّا يَصِحُّ إِذْنُهَا ؛ وَهِيَ التَّسْعُ سِنِينَ فَصَاعِدًا . انْتَهَى . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ، بِتَقْدِيمِ السِّنِّ .^(٣) وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : اِعْتِبَارُ صِحَّةِ إِذْنِهَا بِالتَّسْعِ أَوْ السَّبْعِ ، ضَعِيفٌ ؛ لِأَنَّ هَذَا وِلَايَةُ اسْتِقْلَالٍ ، وَوِلَايَةُ الْاِسْتِقْلَالِ لَا تُثَبَّتُ إِلَّا بِالْبُلُوغِ ، كَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ، وَالشُّفْعَةِ ، وَكَالْبَيْعِ ، بِخِلَافِ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّهُ يَتَوَلَّاهُ الْوَلِيُّ بِإِذْنِهَا ، فَتَجْتَمِعُ الْوِلَايَتَانِ ، وَبَيْنَهُمَا فَرْقٌ . انْتَهَى^(٤) .

(١) فِي م : « لَيْسَ لَهُ » .

(٢) فِي م : « عِنْدَ زَوْجَتَيْهِمَا » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

المقنع فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ .

الشرح الكبير

٣١٩٠ - مسألة : (فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ) وبطل خيارها ؛ لأنه طلاقٌ مِنْ زَوْجٍ جَائِزِ التَّصَرُّفِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَنَفَذَ^(١) ، كما لو لم يَعْتِقْ . وقال القاضي : طلاقه موقوفٌ ، فَإِنْ اخْتَارَتْ^(٢) الفسخ لم يَقَعْ ؛ لأنه يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّهَا مِنَ الْخِيَارِ ، وَإِنْ لَمْ تَخْتَرْ وَقَعَ . وللشافعي قولان كهذين الوجهين . وَبَنَوْا عَدَمَ الْوُقُوعِ عَلَى أَنَّ الْفَسْخَ اسْتَدَّ إِلَى حَالَةِ الْعِتْقِ ، فَيَكُونُ الطَّلَاقُ وَإِقَاعًا فِي نِكَاحٍ مَفْسُوخٍ ، وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَ الصَّغِيرَةَ أَوْ الْمَجْنُونَةَ بَعْدَ الْعِتْقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ طَلَاقٌ مِنْ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ مُخْتَارٍ ، فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَوَقَعَ ، كما لو طَلَّقَهَا قَبْلَ عِتْقِهَا ، أَوْ كما لو لم تَخْتَرْ^(٣) ، وَالْفَسْخُ إِنَّمَا يُوجِبُ الْفُرْقَةَ مِنْ حِينِهِ^(٤) ؛ لَأَنَّهُ سَبَبُهَا ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ الْفُرْقَةِ عَلَيْهِ ، إِذِ الْحُكْمُ لَا يَتَقَدَّمُ سَبَبُهُ ، وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ تُبْتَدَأُ مِنْ حِينَ الْفَسْخِ لَا مِنْ حِينَ الْعِتْقِ ، وَمَا سَبَقَهُ مِنَ الْوُطْءِ وَطْءٌ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، يَثْبُتُ بِهِ الْإِحْصَانُ وَالْإِحْلَالُ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، وَلَوْ كَانَ الْفَسْخُ سَابِقًا عَلَيْهِ^(٥) لَانْعَكَسَتِ الْحَالُ . وَقَوْلُ الْقَاضِي : إِنَّهُ يُبْطَلُ

الإنصاف

قوله : فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ . وبطل خيارها . يعني ، إِذَا كَانَ طَلَاقًا بَائِنًا . وَهَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ»

(١) في م : « فيقدم » .

(٢) في الأصل : « أجازت » .

(٣) في م : « يَخْتَرْ » . وفي الأصل بالجيم والباء ، والتاء غير منقوطة . وانظر المغني ٧٨/١٠ .

(٤) في الأصل : « جنبه » .

(٥) سقط من : م .

وَأِنْ عَتَقْتَ الْمُعْتَدَّةَ الرَّجْعِيَّةَ ، فَلَهَا الْخِيَارُ ، المقنع

الشرح الكبير

حَقُّهَا مِنَ الْفَسْخِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَحْصُلُ بِهِ مَقْصُودُ
الْفَسْخِ ، مَعَ وُجُوبِ نِصْفِ الْمَهْرِ ، وَتَقْصِيرِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا ، فَإِنَّ ابْتِدَاءَهَا
مِنْ حِينَ طَلَاقِهِ ، لَا مِنْ حِينَ فُسْخِهِ ، ثُمَّ لَوْ كَانَ مُبْطِلًا لِحَقِّهَا ، لَمْ يَقَعْ
وَإِنْ لَمْ تَخْتَرْ الْفَسْخَ ، كَمَا لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الْمُشْتَرَى فِي [١٣٦/٦ ط] الْمَبِيعِ
فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ، سِوَاءِ فُسْخِ الْبَائِعِ أَوْ لَمْ يَفْسَخْ . وَهَذَا فِيمَا إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ
بِائْتِنَا ، فَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا ، لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا ، عَلَى مَا نَذَكُرُ فِيمَا بَعْدُ . فَعَلَى
قَوْلِهِمْ ، إِذَا طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ ، ثُمَّ اخْتَارَتْ الْفَسْخَ ، سَقَطَ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهَا
بَانَتْ بِالْفَسْخِ ، وَإِنْ لَمْ يَفْسَخْ ، فَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ ؛ لِأَنَّهَا بَانَتْ
بِالطَّلَاقِ .

٣١٩١ - مسألة : (وَأِنْ عَتَقْتَ) الْأُمَّةُ (الرَّجْعِيَّةُ ، فَلَهَا الْخِيَارُ)
لأنَّ نِكَاحَهَا بَاقٍ يُمَكِّنُ فُسْخَهُ ، وَلَهَا فِي الْفَسْخِ فَائِدَةٌ ، فَإِنَّهَا لَا تَأْتِي مِنْ رَجْعَتِهِ
إِذَا لَمْ تَفْسَخْ . فَإِنْ قِيلَ : فَيَفْسَخُ حِينَئِذٍ ؟ قُلْنَا : إِذَا تَحْتَاجُ إِلَى عِدَّةٍ أُخْرَى .

وغيره . وقدمه في «الهداية»، و «المذهب»، و «المستوعب»، و «الخلاصة»،
و «المعنى»، و «المحرر»، و «الشرح»، و «الرعايتين»، و «الحاوي»
الصغير»، و «الفروع»، وغيرهم . وقال القاضي : طلاقه موقوف ، فإن
اختارت الفسخ ، لم يقع ، وإلا وقع . وقيل : هذا إن جهلت عتقها . وأطلق في
«الترغيب» في وقوعه وجهين .

قوله : وَأِنْ عَتَقْتَ الْمُعْتَدَّةَ الرَّجْعِيَّةَ ، فَلَهَا الْخِيَارُ . بلا نزاع ، سواء عتقت ثم

المقنع فَإِنْ رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، فَهَلْ يَنْطَلُ خِيَارُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

(١) وَإِذَا فَسَخَتْ فِي الْعِدَّةِ ، بَنَتْ عَلَى مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا ، وَلَمْ تَحْتَجْ إِلَى عِدَّةٍ أُخْرَى^(١) ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ مِنَ الطَّلَاقِ ، وَالْفَسْخُ لَا يُنَافِيهَا^(٢) وَلَا يَقْطَعُهَا^(٣) ، فَهُوَ كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا طَلْقَةً أُخْرَى ، وَتَبْنَى عَلَى عِدَّةٍ حُرَّةٍ ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ فِي عِدَّتِهَا وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ .

٣١٩٢ - مسألة : (فَإِنْ اخْتَارَتْ الْمُقَامَ ، فَهَلْ يَنْطَلُ خِيَارُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ) أَحَدُهُمَا ، لَا يَنْطَلُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا جَارِيَةٌ إِلَى بَيِّنُونَةٍ . وَالثَّانِي ، يَنْطَلُ خِيَارُهَا ؛ لِأَنَّهَا حَالَةٌ^(٤) يَصِحُّ فِيهَا اخْتِيَارُ الْفَسْخِ ، فَصَحَّ اخْتِيَارُ الْمُقَامِ ، كَصُلْبِ النِّكَاحِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ شَيْخِنَا^(٥) . وَإِنْ لَمْ تَخْتَرْ شَيْئًا ، لَمْ يَسْقُطْ^(٦) خِيَارُهَا ؛ لِأَنَّهُ عَلَى التَّرَاخِي ، وَلِأَنَّ سُكُوتَهَا لَا يَدُلُّ عَلَى رِضَاها ؛ لِأَنَّهُ^(٧) يَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ لَجَرِيَانِهَا إِلَى^(٨) بَيِّنُونَةٍ ، اكْتِفَاءً مِنْهَا بِذَلِكَ ، فَإِنْ ارْتَجَعَهَا ، فَلَهَا الْفَسْخُ حِينَئِذٍ ، فَإِنْ فَسَخَتْ ثُمَّ عَادَتْ زَوْجَهَا ،

الإنصاف

طَلَّقَتْ ، أَوْ طَلَّقَتْ ثُمَّ عَتَقَتْ فِي عِدَّتِهَا ، فَإِنْ رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، فَهَلْ يَنْطَلُ خِيَارُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقُهُمَا فِي « الْهَدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْطَلُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْمُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

(٤) انظر : المغنى ١٠/٧٧ .

(٥) في م : « يطل » .

(٦) سقط من : الأصل .

وَمَتَى اخْتَارَتِ الْمُعْتَقَةُ الْفُرْقَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَالْمَهْرُ لِلْسَيِّدِ ، ... المقنع

الشرح الكبير

بَقِيَتْ مَعَهُ بَطْلَقَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ طَلَاقَ الْعَبْدِ اثْنَانِ . وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ أَنْ عَتَقَ ، رَجَعَتْ مَعَهُ عَلَى طَلْقَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ حُرًّا ، فَمَلَكَ ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ ، كَسَائِرِ الْأَحْرَارِ .

٣١٩٣ - مسألة : (وَمَتَى اخْتَارَتِ الْمُعْتَقَةُ) الْفَسْخَ (بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَالْمَهْرُ لِلْسَيِّدِ) وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الْمُعْتَقَةَ مَتَى اخْتَارَتِ الْمَقَامَ مَعَ زَوْجِهَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ، فَالْمَهْرُ لِلْسَيِّدِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَارَتِ الْفَسْخَ بَعْدَ الدُّخُولِ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْعَقْدِ ، فَإِذَا اخْتَارَتِ الْمَقَامَ ، لَمْ يُوجَدْ لَهُ مُسْقِطٌ ، وَإِنْ فَسَخَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَقَدْ اسْتَقَرَّ الْمَهْرُ بِاللَّدُخُولِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِشَيْءٍ ، وَهُوَ لِلْسَيِّدِ فِي الْحَالَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْعَقْدِ فِي مِلْكِهِ . وَالْوَاجِبُ الْمُسَمَّى فِي الْحَالَيْنِ ، سَوَاءٌ كَانَ الدُّخُولُ قَبْلَ الْعِتْقِ أَوْ بَعْدَهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ كَانَ الدُّخُولُ قَبْلَ الْعِتْقِ ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ فَالْوَاجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ « لِأَنَّ الْفَسْخَ اسْتَنَدَ إِلَى حَالَةِ الْعِتْقِ ، فَصَارَ الْوُطْءُ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ » . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ صَحِيحٌ ، فِيهِ مُسَمَّى صَحِيحٌ ،

الإِنصَافُ وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، فَقَالَ : سَقَطَ خِيَارُهَا فِي أَصَحِّ الْوُجْهَيْنِ . قَالَ النَّازِطُ : هَذَا أَشْهَرُ الْوُجْهَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يُطْلُ خِيَارُهَا .
قوله : وَمَتَى اخْتَارَتِ الْمُعْتَقَةُ الْفُرْقَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَالْمَهْرُ لِلْسَيِّدِ . بِلَا نِزَاعٍ .

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : م .

المقنع وَإِنْ كَانَ [٢٠٩] قَبْلَهُ ، فَلَا مَهْرَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لِسَيِّدِهَا نِصْفُ الْمَهْرِ .

الشرح الكبير

اتَّصَلَ بِهِ الدُّخُولُ قَبْلَ الْفَسْخِ ، فَأَوْجَبَ الْمُسَمَّى ، كَمَا لَوْ لَمْ يُفْسَخْ ، وَلَأنَّهُ لَوْ وَجَبَ بِالْوَطْءِ بَعْدَ الْفَسْخِ ، لَكَانَ الْمَهْرُ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ حِينَئِذٍ . قَوْلُهُمْ : إِنْ الْوَطْءُ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأنَّهُ كَانَ صَحِيحًا ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يُفْسِدُهُ ، وَيُثْبِتُ فِيهِ أَحْكَامُ الْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، [١٣٧/٦] مِنْ الْإِحْلَالِ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، وَكَوْنِهِ حَلَالًا .

٣١٩٤ - مسألة : وَإِنْ اخْتَارَتْ الْفَسْخَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ لِّلْسَيِّدِ نِصْفَ الْمَهْرِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأنَّهُ وَجَبَ لِّلْسَيِّدِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِفِعْلٍ غَيْرِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْفُرْقَةَ جَاءَتْ مِنْ قَبْلِهَا ، فَيَسْقُطُ مَهْرُهَا ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَتْ أَوْ ارْتَدَّتْ ، أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ يَفْسَخُ نِكَاحَهَا رِضَاعُهُ^(١) . وَقَوْلُهُ : وَجَبَ لِّلْسَيِّدِ . قُلْنَا : لَكِنْ بِوَاسِطَتِهَا ، وَلِهَذَا سَقَطَ نِصْفُهُ بِفَسْخِهَا ، وَجَمِيعُهُ بِإِسْلَامِهَا وَرِدَّتِهَا .

فصل : وَلَوْ كَانَتْ مُفَوَّضَةً فَفَرَضَ لَهَا^(١) مَهْرُ الْمِثْلِ ، فَهُوَ لِّلْسَيِّدِ

الإنصاف

سِوَاءَ كَانَ مُسَمًّى الْمَهْرِ ، أَوْ مَهْرَ الْمِثْلِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى . قَوْلُهُ : وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ ، فَلَا مَهْرَ . هَذَا الْمَذْهَبُ . جَزَمَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ

(١) سقط من : م .

وَأِنْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهَا الْخِيَارُ .

الشرح الكبير

أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْعَقْدِ فِي مِلْكِهِ لَا بِالْفَرْضِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، وَجِبَ ، وَالْمَوْتُ لَا يُوجِبُ ، فَذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ وَجِبَ بِالْعَقْدِ . وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْفَرْضِ ، فَلَا شَيْءَ ، إِلَّا عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ الْمُتَنَعَةُ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بِالْفُرْقَةِ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَوْضِعٍ لَوْ كَانَ مُسَمًّى وَجِبَ نِصْفُهُ .

٣١٩٥ - مسألة : (وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهَا الْخِيَارُ) لِأَنَّ عِتْقَ الْمُعْسِرِ لَا يَسْرِي ، بَلْ يَعْتَقُ مِنْهَا مَا أَعْتَقَ ، وَبَاقِيَا رَقِيقٌ ، فَلَا تَكْمُلُ حُرِّيَّتُهَا ، فَلَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ حِينَئِذٍ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّ لَهَا الْخِيَارَ . حَكَاهَا أَبُو بَكْرٍ ،

الإنصاف

« الْوَجِيزِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الْأَدْمِيِّ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، و « الْمُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لِسَيِّدِهَا نِصْفُ الْمَهْرِ . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، نَقَلَهَا مُهَنَّأً . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْبُلْغَةِ » [٣٢٢/٢ ظ] . فَعَلِمَا ، إِنْ لَمْ يَكُنْ فُرْضٌ ، وَجِبَتْ الْمُتَنَعَةُ ، حَيْثُ يَجِبُ لَوْجُوبُهُ لَهَا ، فَلَا يَسْقُطُ بِفَعْلٍ غَيْرِهِ .

قوله : وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَالْقَاضِي ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَغَيْرُهُمْ .

الشرح الكبير واختارها ؛ لأنها أكمل منه ، فإنها تَرِثُ وتُورِثُ ، وتَحْبُبُ بِقَدْرِ ما فيها مِنَ الحُرِّيَّةِ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الأولى ، أَنَّهُ لَا نَصَّ فِي الْمُعْتَقِ بَعْضُهَا ، وَلَا هِيَ فِي مَعْنَى الحُرَّةِ الكاملةِ ؛ لِأَنَّ الحُرَّةَ كاملةُ الأحكامِ ، وَلِأَنَّ العَقْدَ صحيحٌ ، فَلَا يُفْسَخُ بِالْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، وَهَذِهِ مُخْتَلَفٌ فِيهَا ، وَعَلَّلَ^(١) أَحْمَدُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، إِذَا عَتَقْتَ وَزَوَّجَهَا حُرًّا بِهَذِهِ الْعِلَّةِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مُوسِرًا ، سَرَى إِلَى بَاقِيهَا ، فَعَتَقْتَ كُلَّهَا ، وَثَبَّتَ لَهَا الْخِيَارُ .

فصل : وَلَوْ زَوَّجَ أَمَةً قِيمَتَهَا عَشْرَةَ بَصْدَاقٍ عَشْرِينَ ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا فِي مَرَضِهِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا ، ثُمَّ مَاتَ ، وَلَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا وَغَيْرَ مَهْرِهَا بَعْدَ

الإنصاف قال في « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : لَمْ يَثْبُتْ لَهَا خِيَارٌ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذِهِ الرِّوَايَةُ هِيَ الْمُخْتَارَةُ مِنَ الرِّوَايَتَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ الْخِرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، حُكْمُهَا حَكْمُ عَتَقِهَا كُلِّهَا . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الْخِلَافِ » . وَأَطْلَقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَوْ زَوَّجَ مُدْبِرَةً لَهُ^(٢) ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهَا ، قِيمَتَهَا مِائَةً ، بَعْدَ ، عَلَى مِائَتَيْنِ مَهْرًا ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ ، عَتَقَتْ ، وَلَا فُسْخَ لَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ؛ لِثَلَاثِ سَقَطَ الْمَهْرُ ، أَوْ يَتَنَصَّفُ ، فَلَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَيَرِقُ بَعْضُهَا ، فَيَمْتَنِعُ الْفُسْخُ . ذَكَرَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قُلْتُ : فَيُعَالِي بِهَا . وَهِيَ مُسْتَشْنَاءَةٌ مِنَ

(١) فِي م : « عَنْ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « أُم » .

استيفائه ، عَتَقَتْ ؛ لَأَنَّهَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّلْثِ ، وَإِنْ لَمْ «يَكُنْ قَبْضُهُ»^(١) ، عَتَقَتْ فِي الْحَالِ ثُلُثُهَا . وَفِي الْخِيَارِ لَهَا وَجْهَان . فَكُلَّمَا اقْتَضَى مِنْ مَهْرِهَا شَيْئًا ، عَتَقَ مِنْهَا بِقَدْرِ ثُلُثِهِ ، فَإِذَا اسْتَوْفَى كُلَّهُ ، عَتَقَتْ كُلُّهَا ، وَلَهَا الْخِيَارُ حِينَئِذٍ عِنْدَ مَنْ لَمْ يَنْبِتْ لَهَا الْخِيَارَ قَبْلَ ذَلِكَ . فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا وَطَعَهَا قَبْلَ اسْتِيفَاءِ مَهْرِهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا عِنْدَ مَنْ جَعَلَ لَهَا الْخِيَارَ حِينَئِذٍ ؛ لَأَنَّهَا أَسْقَطَتْهُ بِتَمَكُّينِهِ مِنْ وَطْعِهَا . وَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، لَا يَبْطُلُ ؛ لَأَنَّهَا مَكَّنَتْهُ مِنْهُ قَبْلَ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ مَكَّنَتْ مِنْهُ قَبْلَ عِتْقِهَا . فَأَمَّا إِنْ عَتَقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ فَسْخَهَا لِلنِّكَاحِ يَسْقُطُ بِهِ صَدَاقُهَا ، فَيَعْجُزُ الثَّلْثُ عَنْ كَمَالِ قِيمَتِهَا ، فَيَرِقُ ثُلَاثُهَا ، وَيَسْقُطُ خِيَارُهَا ، فَيُفْضَى إِبْطَالُ الْخِيَارِ لَهَا إِلَى إِسْقَاطِهِ ، [١٣٧/٦ ظ] فَيَسْقُطُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَعِنْدَ أَبِي بَكْرٍ ، لَهَا الْخِيَارُ . فَعَلَى قَوْلٍ مِنْ أَوْجَبَ لِسَيِّدِهَا نِصْفَ الْمَهْرِ ، يَعْتَقُ ثُلَاثُهَا إِذَا اسْتَوْفَى ، وَعَلَى قَوْلٍ مِنْ أَسْقَطَ ، يَعْتَقُ ثُلُثُهَا .

كَلَامُ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ مِمَّنْ أَطْلَقَ .

فَائِدَةٌ : لَوْ عَتَقَتِ الْأُمَةُ وَزَوْجُهَا بَعْضُهُ حُرًّا مُعْتَقًا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » .^(٢) وَقِيلَ : لَهَا الْخِيَارُ . جَزَمَ بِهِ فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » . فَلَوْ عَتَقَ بَعْضُهَا ، وَالزَّوْجُ بَعْضُهُ مُعْتَقًا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . عَلَى الصَّحِيحِ . قَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ »^(٣) . وَعَنهُ ، لَهَا الْخِيَارُ . وَعَنهُ ، لَهَا الْخِيَارُ ، إِنْ كَانَتْ حُرِّيَّتُهَا أَكْثَرَ . وَصَحَّحَ فِي « الْبَلْعَةِ » ، وَ « الرِّعَايَةِ الْكُبْرَى » ، عَدَمَ الْخِيَارِ إِذَا كَانَ

(١ - ١) فِي الْمَعْنَى ٧٥/١٠ : « تَكُنْ قَبْضُهُ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فصل : وإن عَتَقَ زَوْجُ الْأَمَةِ ، لم يَثْبُتْ لها خِيَارٌ ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْكَمَالِ فِي الزَّوْجَةِ ^(١) لَا يُؤَثِّرُ فِي النِّكَاحِ ، وَلِذَلِكَ لَا تُعْتَبَرُ الْكَفَاءَةُ إِلَّا فِي الرَّجُلِ دُونَ الْمَرْأَةِ ، فَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ مُطْلَقًا فَبَانَتْ أَمَةً ، لم يَكُنْ له الْخِيَارُ ، وَلَوْ تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ رَجُلًا مُطْلَقًا فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ ، فَكَذَلِكَ فِي الْأَسْتِدَامَةِ ، لَكِنْ إِنْ عَتَقَ وَوَجَدَ ^(٢) الطَّوْلَ لِحُرَّةٍ ^(٣) ، فَهَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، مَضَى ذِكْرُهُمَا .

فصل : إِذَا عَتَقَتِ الْأَمَةُ فَقَالَتْ لَزَوْجِهَا : زِدْنِي فِي مَهْرِي . فَفَعَلَ ، فَالزِّيَادَةُ لَهَا دُونَ سَيِّدِهَا ، سَوَاءٌ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا أَوْ عَبْدًا ، وَسَوَاءٌ عَتَقَ مَعَهَا أَوْ لم يَعْتَقْ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِيمَا إِذَا زَوَّجَ عَبْدَهُ مِنْ ^(٤) أَمَتِهِ ثُمَّ أُعْتِقَ ^(٥) جَمِيعًا ، فَقَالَتِ الْأَمَةُ : زِدْنِي فِي مَهْرِي . فَالزِّيَادَةُ لِلْأَمَةِ لَا لِلْسَّيِّدِ . فَقِيلَ : أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ لغيرِ السَّيِّدِ ، لِمَنْ تَكُونُ الزِّيَادَةُ ؟ قَالَ : لِلْأَمَةِ . وَعَلَى قِيَاسِ هَذَا ، لَوْ زَوَّجَهَا سَيِّدُهَا ، ثُمَّ بَاعَهَا ، فَزَادَهَا زَوْجُهَا فِي مَهْرِهَا ، فَالزِّيَادَةُ لِلثَّانِي . وَقَالَ الْقَاضِي : الزِّيَادَةُ لِلْسَّيِّدِ ^(٥) الْمُعْتَقِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ،

مُتَسَاوَيْنِ فِي الْحُرِّيَّةِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَةِ الصُّغْرَى » . وَأُطْلِقَ فِيمَا إِذَا تَسَاوَا فِي الْعِتْقِ ، فِي « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَجْهَيْنِ .

الإِنْصَافُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الزَّوْجِيَّة » .

(٢ - ٣) فِي م : « طَوْلُ الْحُرَّةِ » .

(٣) فِي م : « أَوْ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « أُعْتِقَهَا » .

(٥) فِي م : « السَّيِّدِ » .

وَأِنْ عَتَقَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . وَعَنْهُ ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُهُمَا .
المقنع

الشرح الكبير

على قياس المذهب ؛ لأنَّ مِنْ أَصْلِنَا أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الصَّدَاقِ تَلْحَقُ بِالْعَقْدِ
الْأَوَّلِ ، فَتَكُونُ كَالْمَذْكُورِ فِيهِ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَالَّذِي قُلْنَاهُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ
الْمِلْكَ فِي الزِّيَادَةِ^(٢) «إِنَّمَا يَثْبُتُ» حَالُ وُجُودِهَا بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِ سَيِّدِهَا
عَنْهَا ، فَيَكُونُ لَهَا ، كَكَسْبِهَا^(٣) وَالْمَوْهُوبِ لَهَا . وَقَوْلُنَا : إِنَّ الزِّيَادَةَ تَلْحَقُ
بِالْعَقْدِ . مَعْنَاهُ أَنَّهَا تَلْزِمُ وَيَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهَا^(٤) ، وَيَصِيرُ الْجَمِيعُ صَدَاقًا ،
وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْمِلْكَ كَانَ ثَابِتًا فِيهَا وَكَانَ لِسَيِّدِهَا ، فَإِنَّ هَذَا مُحَالٌ ؛
لِأَنَّ سَبَبَ مِلْكِ هَذِهِ الزِّيَادَةِ وَجَدَ بَعْدَ الْعَتَقِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَقَدَّمَ الْمِلْكُ
عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدَّى إِلَى تَقَدُّمِ الْحُكْمِ قَبْلَ سَبَبِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمِلْكُ ثَابِتًا لِلْمُعْتَقِ
فِيهِ حِينَ التَّرْوِيجِ لِلزَّمَتِ زَكَاتُهُ ، وَكَانَ لَهُ نَمَائُوهُ . وَهَذَا أَظْهَرَ مِنْ أَنْ نُطِيلَ
فِيهِ .

٣١٩٦ - مسألة : (وَأِنْ عَتَقَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . وَعَنْهُ
يَنْفَسِخُ نِكَاحُهُمَا) اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي ذَلِكَ ،

قوله : وَأِنْ عَتَقَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . يَعْنِي إِذَا قُلْنَا : لَا خِيَارَ لِلْمُعْتَقَةِ
تَحْتَ حُرٍّ . وَهَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ كُتُبِهِ : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ .
وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالْمَجْدُ ، وَالشَّارِحُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَصَحَّحَهُ فِي

(١) فِي : الْمَغْنَى ٨٠/١٠ .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي م : « كَسْبِهَا » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

فالمشهور عنه أنه لا خيار لها ، والنكاح بحاله ، سواءً أعتقتهما واحداً أو اثناً . نص عليه أحمد . وعنه ، لها الخيار ؛ لأنها كملت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية ، فملك الفسخ ، كما لو عتقت قبله . والأول أولى ؛ لأن حرية العبد لو طرأت بعد عتيقها (المنعت الفسخ) ، فإذا قارنت (٣) كان أولى أن تمنع ، كإسلام الزوجين . وعنه رواية ثالثة ، إن أعتقا (٤) ، أنفسخ نكاحهما ؛ لأن العتق معنى يزيل الملك عنهما لا إلى مالك ، فجاز أن تقع به الفرقة ، كالموت ، ولأنه لا يمتنع أن لا تحصل الفرقة بوجوده من أحدهما ، و(٤) تحصل بوجوده [١٣٨/٦ ر] منهما ، كاللعان والإقالة في البيع . وقال شيخنا (٥) : معناه - والله أعلم - أنه إذا وهب لعبده سريّة ، وأذن له في التسرّي بها ، ثم أعتقهما جميعاً ، صاراً حرّين ، وخرّجت عن (ملك العبد) (٦) ، فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد ، هكذا روى

الإنصاف « التصحيح » ، و « الحاوي » . قال في « المذهب » ، و « مسبوک الذهب » : هذا أصحّ الروايتين . وجزم به في « الوجيز » وغيره . وقدمه في « الهداية » ، و « المستوعب » ، و « الخلاصة » ، و « الرعايتين » ، و « الفروع » ، وغيرهم . وعنه ، لها الخيار . وقال الزركشي : هي أنصهما . وصحّحها القاضي

(١ - ١) في م : منع .

(٢) في الأصل : قاربت .

(٣) في الأصل : عتقها .

(٤) في م : أو .

(٥) في : المغنى ٧٣/١٠ .

(٦ - ٦) في م : ملكه . وكان كلمة « العبد » يياض في الأصل . وانظر المغنى ، الموضع السابق .

جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ ، فِي مَنْ وَهَبَ عَبْدَهُ سُرِّيَّةً ، أَوْ اشْتَرَى لَهُ سُرِّيَّةً ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا ، لَا يَقْرُبُهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ . وَاحْتَجَّ أَحْمَدُ بِمَا رَوَى ^(١) نَافِعٌ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، أَنَّ ^(٢) «عَبْدًا لَهُ» كَانَ لَهُ سُرِّيَّتَانِ ، فَأَعْتَقَهُمَا وَأَعْتَقَهُ ، فَنَهَاهُ أَنْ يَقْرُبَهُمَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ ^(٣) . وَلِأَنَّهَا بِإِعْتَاقِهَا خَرَجَتْ عَنْ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً ، فَلَمْ يُيَخَّ لَهُ التَّسَرُّى بِهَا ، كَالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ . وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ امْرَأَتُهُ ^(٤) ، فَعَتَقًا ، لَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُهَا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَنْفَسِخْ ^(٥) بِإِعْتَاقِهَا وَحْدَهَا ، فَلَأَنْ لَا يَنْفَسِخَ بِإِعْتَاقِهَا مَعَ أَوَّلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ أَحْمَدَ إِنَّمَا أَرَادَ بِقَوْلِهِ : انْفَسَخَ ^(٦) نِكَاحُهَا . أَنَّ لَهَا فَسْخَ النِّكَاحِ . وَيُخَرِّجُ هَذَا عَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ بِأَنَّ ^(٧) لَهَا الْفَسْخَ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا فَعَتَقَتْ تَحْتَهُ ^(٨) .

فِي كِتَابِ «الرُّوَايَتَيْنِ» ، وَهِيَ قَوْلٌ فِي «الرُّعَايَةِ» . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُحَرَّرِ» .. قَالَ فِي «الْقَاعِدَةِ السَّابِعَةِ وَالْخَمْسِينَ» : فِيهِ رَوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ . وَعَنْهُ ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا . نَقَلَهُ الْجَمَاعَةُ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي «الْمُعْنَى» ^(٩) : وَمَعْنَاهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ ، أَنَّهُ إِذَا وَهَبَ لِعَبْدِهِ سُرِّيَّةً ، وَأَذِنَ لَهُ فِي التَّسَرُّى بِهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهُمَا جَمِيعًا ، صَارَا حُرَّيْنِ ، وَخَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْعَبْدِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِصَابَتُهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ ، هَكَذَا

(١) بعده في م : « عن » .

(٢ - ٣) في م : « عبد الله » .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب استسرار العبد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢١٥/٧ .

(٤) في م : « امرأة » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) سقط من : م .

(٧) في م : « عنه » .

(٨) ٧٣/١٠ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ لَهُ عَبْدٌ وَأَمَةٌ مُتَزَوِّجَانِ ، فَأَرَادَ عِتْقَهُمَا ، الْبَدَايَةُ بِالرَّجُلِ ؛ لِثَلَا يَثْبُتَ لِلْمَرْأَةِ خِيَارٌ عَلَيْهِ ، فَيُنْفَسَخَ نِكَاحُهُ . وَقَدْ رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(١) ، وَالْأَثَرُمُ ، بِإِسْنَادِهِمَا عَنْ عَائِشَةَ ، أَنَّهُ كَانَ لَهَا غُلَامٌ وَجَارِيَةٌ ،

رَوَى جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ ، فِي مَنْ وَهَبَ لِعَبْدِهِ سُرِّيَّةً ، أَوْ اشْتَرَى لَهُ سُرِّيَّةً ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا ، لَا يَقْرُبُهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ . وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ امْرَأَتُهُ ، فَعَتَقَهَا ، لَمْ يَنْفَسَخْ نِكَاحُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَنْفَسَخْ بِإِعْتَاقِهَا وَحْدَهَا ، فَلِثَلَا يَنْفَسَخُ بِإِعْتَاقِهَا مَعَ أَوْلَى . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْإِمَامَ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِنَّمَا أَرَادَ بِقَوْلِهِ : انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا . أَنَّ لَهُمَا ^(٢) فَنَسَخَ النِّكَاحِ . وَهَذَا يُخَرِّجُ عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ بَأَنَّهَا الْفَسْخُ إِذَا كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا قَبْلَ الْعِتْقِ . انْتَهَى . قَالَ الْعَلَّامَةُ ابْنُ الْقَيِّمِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : وَهَذَا تَأْوِيلٌ بَعِيدٌ جَدًّا مِنْ لَفْظِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فَإِنَّ كَلَامَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ هَانِيٍّ ، وَحَرْبٍ ، وَيَعْقُوبَ بْنِ بَخْتَانَ : إِذَا زَوَّجَ عَبْدَهُ مِنْ أَمَتِهِ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُمَا ، لَا يَجُوزُ أَنْ يَجْتَمِعَا حَتَّى يُجَدِّدَ النِّكَاحَ . فَرَوَاهُ الثَّلَاثَةُ بِلَفْظِ الْوَاحِدِ ، وَهُوَ : أَنَّهُ زَوَّجَ عَبْدَهُ مِنْ أَمَتِهِ . ثُمَّ قَوْلُهُ : حَتَّى يُجَدِّدَ النِّكَاحَ . مَعَ قَوْلِهِ : زَوَّجَ . صَرِيحٌ فِي أَنَّهُ نِكَاحٌ لَا تَسْرٌ . قَالَ : وَلِلْبُطْلَانِ وَجْهٌ دَقِيقٌ ؛ وَهُوَ أَنَّهُ إِنَّمَا زَوَّجَهَا بِحُكْمِ الْمِلْكِ لَهَا ، وَقَدْ زَالَ مِلْكُهَا عَنْهَا ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِهَا لِعَبْدٍ غَيْرِهِ . وَلِهَذَا كَانَ فِي وُجُوبِ الْمَهْرِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ زِنَاعٌ . فَقِيلَ : لَا يَجِبُ الْمَهْرُ بِحَالٍ . وَقِيلَ : يَجِبُ وَيُسْقَطُ . وَالْمَنْصُوصُ ، أَنَّهُ يَجِبُ ، وَيَتَّبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِهَا لِعَبْدٍ غَيْرِهِ .

(١) في : باب في المملوكين يعتقان معاهل تغير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٨/١ . كما أخرجه النسائي ، في : باب إذا أراد أن يعتق العبد وامرأته بأيهما يبدأ ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ١٨٠/٣ . وابن ماجه ، في : باب من أراد عتق رجل وامرأته فليبدأ بالرجل ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٦/٢ . (٢) كذا بالنسخ . وفي المغني ٧٣/١٠ : « لها » .

فَتَزَوَّجَا^(١) ، فقالت للنبي ﷺ : إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُعْتِقَهُمَا . فقال لها : « ابْدئي بالرجل قبل المرأة » . وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك ، وقالت للرجل : إِنِّي بَدَأْتُ بِعِتْقِكَ ؛ لِئَلَّا يَكُونَ لَهَا عَلَيْكَ خِيَارٌ^(٢) . والله أعلم .

(١) في م : « فتزوجها » .

(٢) أخرجه بنحوه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٥٥/٧ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٢١٠/٤ ، ٢١١ .

بَابُ حُكْمِ الْعُيُوبِ فِي النِّكَاحِ

الْعُيُوبُ الْمُثْبِتَةُ لِلْفَسْخِ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يَخْتَصُّ بِالرِّجَالِ ، وَهُوَ شَيْئَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مَجْبُوبًا قَدْ قُطِعَ ذَكَرُهُ ، أَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْهُ إِلَّا مَا لَا يُمَكِّنُ الْجِمَاعُ بِهِ ،

بَابُ حُكْمِ الْعُيُوبِ فِي النِّكَاحِ

(الْعُيُوبُ الْمُثْبِتَةُ لِلْفَسْخِ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يَخْتَصُّ بِالرِّجَالِ ، وَهُوَ شَيْئَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مَجْبُوبًا قَدْ قُطِعَ ذَكَرُهُ وَلَمْ يَبْقَ مِنْهُ إِلَّا مَا لَا يُمَكِّنُ الْجِمَاعُ بِهِ) الْكَلَامُ فِي الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْفَسْخِ النِّكَاحِ لِلْمَرْأَةِ وَالرَّجُلِ ، إِذَا اخْتَارَ ذَلِكَ ، فِي أَرْبَعَةِ فُصُولٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ خِيَارَ الْفَسْخِ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ لِلْعَيْبِ يَجِدُهُ فِي الْآخِرِ فِي الْجُمْلَةِ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَابْنِهِ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ جَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَرُويَ عَنْ عَلِيٍّ : لَا تُرَدُّ الْحُرَّةُ بَعِيْبٍ . وَبِهِ قَالَ (النَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، لَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ بَعِيْبٍ . وَبِهِ قَالَ (أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مَجْبُوبًا أَوْ عَيْنِيًّا ، فَإِنَّ لِلْمَرْأَةِ الْخِيَارَ ، فَإِنْ اخْتَارَتْ

بَابُ حُكْمِ الْعُيُوبِ فِي النِّكَاحِ

الْفِرَاقَ ، فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا بِطَلْقِهِ ، وَلَا يَكُونُ فَسْخًا ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الْعَيْبِ لَا يَقْتَضِي فَسْخَ النِّكَاحِ ، كَالْعَمَى وَالزَّمَانَةَ وَسَائِرِ الْعُيُوبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ يَمْنَعُ الْوَطْءَ ، فَأُثْبِتَ الْخِيَارَ ، كَالجَبِّ وَالْعُنَّةِ ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ أَحَدُ الْعَوَظَيْنِ فِي النِّكَاحِ ، فَجَازَ رَدُّهَا بِعَيْبٍ ، كَالصَّدَاقِ ، أَوْ أَحَدِ الْعَوَظَيْنِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَجَازَ رَدُّهُ بِالْعَيْبِ ، أَوْ أَحَدُ [١٣٨/٦] الزَّوْجَيْنِ ، فَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ بِالْعَيْبِ فِي الْآخِرِ ، كَالْمَرْأَةِ . فَأَمَّا الْعَمَى وَالزَّمَانَةُ وَنَحْوُهُمَا ، فَلَا يَمْنَعُ الْمَقْصُودَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ . ، وَهُوَ الْوَطْءُ ، بِخِلَافِ الْعُيُوبِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَالْجُذَامُ وَالْجُنُونُ وَالْبَرَصُ لَا يَمْنَعُ الْوَطْءَ . قُلْنَا : بَلْ يَمْنَعُهُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ يُوجِبُ نَفَرَةً تَمْنَعُ مِنْ قُرْبَانِهِ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَيُخَافُ مِنْهُ التَّعَدَّى إِلَى نَفْسِهِ وَنَسْلِهِ ، وَالْمَجْنُونُ ^(١) يُخَافُ مِنْهُ الْجَنَائَةُ ، فَصَارَ كَالْمَنْعِ الْحِسِّيِّ . الثَّانِي ، ^(٢) « فِي عَدَدِ » الْعُيُوبِ الْمُجَوِّزَةِ لِلْفَسْخِ ، وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ ؛ اِثْنَانِ يَخْتَصُّانِ الرَّجُلَ ؛ وَهُمَا الْجَبُّ ، وَالْعُنَّةُ . وَثَلَاثَةٌ تَخْتَصُّ الْمَرْأَةَ ؛ وَهِيَ الْفَتَقُ ، وَالْقَرْنُ ، وَالْعَقْلُ . وَثَلَاثَةٌ يَشْتَرِكُ فِيهَا الزَّوْجَانِ ؛ وَهِيَ الْجُذَامُ وَالْجُنُونُ وَالْبَرَصُ . وَهَكَذَا ذَكَرَهَا الْخِرَقِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : هِيَ سَبْعَةٌ . جَعَلَ الْقَرْنَ وَالْعَقْلَ شَيْئًا وَاحِدًا ، وَهُوَ الرَّتْقُ أَيْضًا ^(٣) ، وَذَلِكَ لِحَمِّ يَنْبُتُ فِي الْفَرْجِ ، وَحَكَى ذَلِكَ عَنْ ^(٤) أَهْلِ الْأَدَبِ . وَحَكَى نَحْوَهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْمَجْنُونُ » .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي . وقال الشافعي : القرن عظم في الفرج يمنع الوطء . وقال ^(١) غيره : لا يكون في الفرج عظم ، إنما هو لحم يثبت فيه . وحكى عن أبي حفص ، أن العقل كالرغوة ^(٢) في الفرج ، يمنع لذة الوطء . وقال أبو الخطاب : الرثق أن يكون الفرج مسدودا . يعني ملتصقا لا يدخل الذكر فيه . والقرن والعقل لحم يثبت في الفرج فيسده ، فهما في معنى الرثق ، إلا أنهما نوع آخر . وأما الفتق فهو انخراق ما بين السيلين . وقيل : انخراق ما بين مخرج البول والمنى . وذكرها أصحاب الشافعي سبعة ، أسقطوا منها الفتق ، ومنهم من جعلها ستة ، وجعل القرن والعقل شيئا واحدا . وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب ؛ لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح ، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ، ويخشى تعديه إلى النفس والنسل ، فيمنع الاستمتاع ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره ، والجب والرثق يتعذر معهما ^(٣) الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العقل ، على قول من فسره بالرغوة .

فصل : فإن اختلفا في وجود العيب ، كمن بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا أو مرارا ^(٤) ، واختلفا في كونه برصا ، أو كانت به علامات

(١) بعده في م : « عن » .

(٢) بتليث الراء .

(٣) في الأصل : « معه » .

(٤) في م : « برصا » .

المفنع **فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي إِمْكَانِ الْجِمَاعِ بِالْبَاقِي ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ .**

الشرح الكبير الجُذَامِ ، مِنْ ذَهَابِ شَعَرِ الْحَاجِبَيْنِ ، فَاخْتَلَفَا فِي كَوْنِهِ جُذَامًا ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمُدَّعَى بَيِّنَةٌ مِنْ أَهْلِ الْخَبَرَةِ وَالثَّقَةِ ، يَشْهَدَانِ بِمَا قَالَ ، ثَبَتَ قَوْلُهُ ، وَإِلَّا حَلَفَ الْمُتَنَكِّرُ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » (١) . وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي غُيُوبِ النِّسَاءِ ، أُرِيَتْ النِّسَاءُ الثَّقَاتُ ، وَيُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ، فَإِنْ شَهِدَتْ بِمَا قَالَ الزَّوْجُ ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ . وَأَمَّا الْجُنُونُ ، فَإِنَّهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ ، سَوَاءً كَانَ مُطْبِقًا (٢) أَوْ كَانَ [١٣٩/٦] يُجَنُّ فِي الْأَحْيَانِ ؛ لِأَنَّ النَّفْسَ لَا تَسْكُنُ إِلَى مَنْ هَذِهِ حَالُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَرِيضًا يُعْمَى عَلَيْهِ ثُمَّ يَزُولُ ، فَذَلِكَ مَرَضٌ لَا يُثْبِتُ بِهِ خِيَارٌ . فَإِنْ زَالَ الْمَرَضُ وَدَامَ بِهِ الْإِغْمَاءُ ، فَهُوَ كَالْجُنُونِ ، يُثْبِتُ بِهِ الْخِيَارُ .

٣١٩٧ - مسألة : (فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي إِمْكَانِ الْجِمَاعِ) بِمَا بَقِيَ مِنْ ذَكَرِهِ ، (فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ) لِأَنَّهُ يَضْعُفُ بِالْقَطْعِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْوَطْءِ (وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ) كَمَا لَوْ ادَّعَى الْوَطْءَ فِي الْعَنَةِ ، وَلِأَنَّ لَهُ مَا يُمَكِّنُ الْجِمَاعَ بِمِثْلِهِ ، فَأُشْبِهَ مَنْ لَهُ ذِكْرٌ قَصِيرٌ .

الإنصاف قوله : فَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي إِمْكَانِ الْجِمَاعِ بِالْبَاقِي ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ،

(١) تقدم تخريجه في ٤٧٨/١٢ .

(٢) في الأصل : « مطلباً » .

الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ عَيْنِيَا لَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ ، المقنع

الشرح الكبير

(الثاني ، أن يكون عَيْنِيَا) الْعَيْنُ ؛ هو العاجزُ عن إيلاجِ ذَكَرِهِ . وهو مَاخُودٌ مِنْ : عَنْ . أَيْ اعْتَرَضَ ؛ لِأَنّ ذَكَرَهُ يَعْنُ إِذَا أَرَادَ إِيلَاجَهُ ، أَيْ يَعْتَرِضُ . وَقِيلَ : لِأَنَّهُ يَعْنُ لِقَبْلِ الْمَرَأَةِ ، مِنْ ^(١) عَنْ يَمِينِهِ وَشِمَالِهِ ، فَلَا يَقْصِدُهُ . فَإِذَا كَانَ الرَّجُلُ كَذَلِكَ فَهُوَ عَيْبٌ بِهِ ، وَتَسْتَحِقُّ بِهِ الْمَرَأَةُ فُسْخَ النِّكَاحِ ، بَعْدَ أَنْ تُضْرَبَ لَهُ مُدَّةٌ يُخْتَبَرُ فِيهَا ، وَيُعْلَمُ حَالُهُ بِهَا . وَهَذَا قَوْلُ عَمَرَ ، وَعُثْمَانَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَالْمُغِيرَةِ ابْنِ شُعْبَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَحَمَّادُ بْنُ أَبِي سُلَيْمَانَ . وَعَلَيْهِ فَتَوَى فَقَهَاءُ الْأَمْصَارِ ؛ مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ . وَشَدَّ الْحَكَمُ ^(٢) «بُنْ عُتَيْيَةً» ، وَدَاوُدُ ، فَقَالَا : لَا يُؤْجَلُ ، وَهِيَ امْرَأَتُهُ .

الإنصاف

و « الْمُعْنَى » ، وَ « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : قَبْلَ قَوْلِهَا فِي الْأَصَحِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ . وَهُوَ لِأَبِي الْخَطَّابِ ، وَاخْتَارَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ . وَمَحَلُّهُ ، مَا لَمْ تَكُنْ بِكَرًّا . صَرَّحَ بِهِ فِي « الْمُحَرَّرِ » وَغَيْرِهِ . وَهُوَ وَاضِحٌ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْبُلْغَةِ » .

قوله : الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ عَيْنِيَا لَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ . الْعَيْنُ ؛ هو الذى لا يُمَكِّنُهُ

(١) زيادة من : الأصل .

(٢-٢) سقط من : م .

ورُوي ذلك عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ؛ لَأَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَنِي ، فَبِتَّ طَلَاقِي ، فَتَزَوَّجْتُ بِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الزَّيْبِرِ ، وَإِنَّمَا لَهُ مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ . فَقَالَ : « تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ ؟ لَا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ ^(١) ، وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ ^(٢) . وَلَمْ يَضْرِبْ لَهُ مُدَّةً . وَلَنَا ، مَا رُوي أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَجَلَ الْعَيْنِ سَنَةً . وَرُوي ذَلِكَ الدَّارِقُطْنِيُّ ^(٣) ، عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَالْمُغِيرَةَ بْنِ شُعْبَةَ . وَلَا مُخَالَفَ لَهُمْ . وَرَوَاهُ أَبُو حَفْصٍ عَنْ عَلِيٍّ ^(٤) . وَلَأنَّهُ عَيْبٌ يَمْنَعُ الْوَطْءَ ، فَاتَّبَتِ الْخِيَارَ ، كَالْجَبِّ فِي الرَّجُلِ ، وَالرَّتْقِ فِي الْمَرْأَةِ . فَأَمَّا الْخَبْرُ ، فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ ؛ فَإِنَّ الْمُدَّةَ إِنَّمَا تُضْرَبُ ^(٥) لَهُ مَعَ اعْتِرَافِهِ ، وَطَلَبِ الْمَرْأَةِ ذَلِكَ ، وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا . وَقَدْ رُوي أَنَّ الرَّجُلَ أَنْكَرَ ذَلِكَ ، وَقَالَ : إِنِّي

الإِنصاف . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَقِيلَ : هُوَ الَّذِي لَهُ ذَكَرٌ وَلَا يَنْتَشِرُ .
[٣٣/٢] .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٤١١ .

(٣) في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣/٣٠٥ ، ٣٠٦ . كما أخرجه عنهم عبد الرزاق ، في : المصنف ٦/٢٥٣ ، ٢٥٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب كم يؤجل العين ، من كتاب النكاح . المصنف ٤/٢٠٦ - ٢٠٨ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٧/٢٢٦ . وانظر الإرواء ٣٢٢/٦ - ٣٢٦ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٦/٢٥٤ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٤/٢٠٦ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٧/٢٢٧ .

(٥) في الأصل : « تصرف » .

فَإِنْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، أَجَلَ سَنَةٍ مُنْذُ تَرَأْفَعُهُ ، فَإِنْ وَطِئَ فِيهَا ، وَإِلَّا

المقنع
الشرح الكبير

لَأَعْرُكُهَا عَرَكُ الْأَدِيمِ^(١) . وقال ابن عبد البر^(٢) : وقد صَحَّ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ
بَعْدَ طَلَاقِهِ ، فَلَا مَعْنَى لَصَرْبِ الْمُدَّةِ . « وَصَحَّ ذَلِكَ »^(٣) قَوْلُ النَّبِيِّ
ﷺ : « تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَيَّ رِفَاعَةً » . وَلَوْ كَانَ قَبْلَ طَلَاقِهِ لَمَا كَانَ
ذَلِكَ إِلَيْهَا . وَقِيلَ : إِنَّهَا ذَكَرَتْ ضَعْفَهُ ، وَشَبَّهَتْهُ بِهُدْبَةِ الثَّوْبِ مَبَالِغَةً ،
وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ » . وَالْعَاجِزُ عَنِ الْوَطْءِ
لَا يَحْصُلُ مِنْهُ ذَلِكَ .

٣١٩٨ - مسألة : فَإِنْ ادَّعَتْ ذَلِكَ ، أَجَلَ سَنَةٍ مُنْذُ تَرَأْفَعُهُ . وَجُمْلَةُ
ذَلِكَ ، أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا ادَّعَتْ عَجَزَ زَوْجِهَا عَنْ وَطْئِهَا لَعْنَةً ، [١٣٩/٦ ط] سُئِلَ
عَنْ ذَلِكَ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَهِيَ عَذْرَاءُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةُ ، وَلِأَنَّ هَذَا أَمْرٌ
لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَلْ يُسْتَحْلَفُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ،
بِنَاءً عَلَى دَعْوَى الطَّلَاقِ .

٣١٩٩ - مسألة : (فَإِنْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ) ، أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى إِقْرَارِهِ
بِهِ ، فَأَنْكَرَ ، فَطَلَبَتْ يَمِينَهُ فَتَكَلَّ ، ثَبَّتَ عَجْزُهُ (وَيُؤْجَلُ سَنَةً) فِي قَوْلِ

الإنصاف

قوله : فَإِنْ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، أَجَلَ سَنَةٍ مُنْذُ تَرَأْفَعُهُ ، فَإِنْ وَطِئَ فِيهَا ، وَإِلَّا فَلَهَا

(١) أخرجه البخاري بلفظ : إني لأنفضها نفص الأديم . في : باب ثياب الخضر ، من كتاب اللباس .
صحيح البخاري ١٩٢/٧ .

(٢) انظر : التمهيد ٢٢٥/١٣ ، الاستذكار ١٥٣/١٦ .

(٣-٢) في م : « صح ذلك في » .

عامة أهل العلم . «^(١) وعن الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة^(٢) ، أنه أجل رجلاً عشرة أشهر . ولنا ، قول من سَمِينَا مِنَ الصَّحَابَةِ ، ولأن هذا العَجَزُ قد يكون لعنة^(٣) ، وقد يكون لمرض^(٤) ، فَضُرِبَ لَهُ سَنَةٌ ، لَتَمُرَّ بِهِ الْفُصُولُ الْأَرْبَعَةُ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ يُنْسِي زَالَ فِي فَصْلِ الرُّطُوبَةِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ رُطُوبَةٍ زَالَ فِي فَصْلِ الْيُسْرِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ بُرُودَةٍ^(٥) زَالَ فِي فَصْلِ الْحَرَارَةِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ انْجِرَافِ مِزَاجِ زَالَ فِي فَصْلِ الْاِغْتِدَالِ . فَإِذَا مَضَتْ الْفُصُولُ الْأَرْبَعَةُ ، وَاخْتَلَفَتْ عَلَيْهِ^(٦) الْأَهْوِيَةُ فَلَمْ يَزُلْ ، عَلِمَ أَنَّهُ خِلْقَةٌ . وَحُكِيَ

الْفَسْحُ . إِذَا اعْتَرَفَ بِالْعَنَةِ ، أَوْ أَقَامَتْ هِيَ بَيِّنَةً بِهَا ، أَجَلَ سَنَةٍ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ، وَقُطِعَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ ؛ مِنْهُمْ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» ، وَ«الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ، وَ«الْخُلَاصَةِ» ، وَ«الْمُعْنَى» ، وَ«الْبُلْعَةِ» ، وَ«الشَّرْحِ» ، وَ«الْوَجِيزِ» ، وَ«تَذْكِرَةِ ابْنِ عَبْدِوَسٍ» ، وَ«الْمُنَوَّرِ» ، وَ«مُنْتَخَبِ الْأَرْجَى» ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْمُسْتَوْعِبِ» ، وَ«الْمُحَرَّرِ» ، وَ«النَّظْمِ» ، وَ«الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَغَيْرِهِمْ . قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَذْهَبُ الْمَنْصُوصُ ، وَالْمُخْتَارُ لِعَامَّةِ الْأَصْحَابِ . انْتَهَى . وَاخْتَارَ جَمَاعَةٌ مِنَ

(١-١) فِي النَّسَخَتَيْنِ : «الْحَارِثُ بْنُ رَبِيعَةَ» . وَهُوَ الْحَارِثُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي رَبِيعَةَ بْنِ الْمَغِيرَةِ الْخَزَوِمْي الْمَكِّي ، الْأَمِيرُ مَتَوَلَّى الْبَصْرَةَ لِابْنِ الزَّيْبِر ، لَقِبَ بِالْقُبَاعِ بِاسْمِ مَكْيَالٍ وَضَعَهُ لَهُمْ ، حَدَّثَ عَنْ عَمْرِو وَعَائِشَةَ وَأُمِّ سَلَمَةَ وَمَعَاوِيَةَ . أَسَدُ الْغَابَةِ ١/٣٩١ ، ٣٩٢ ، سِيرُ أَعْلَامِ الْبُلَاءِ ٤/١٨١ ، ١٨٢ . وَالْأَثَرُ أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٤/٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «يَرُدُّ» .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

عن أبي عبيد أنه قال : أهل الطب يقولون : الداء لا يستجئ في البدن أكثر من سنة ، ثم يظهر . وابتداء السنة منذ ترفع . قال ابن عبد البر^(١) : على هذا جماعة القائلين بتأجيله ، قال معمر ، في حديث عمر : يؤجل سنة من يوم ترفع^(٢) . فإذا انقضت المدة ، فلم يطأ ، فلها الخيار في فسح النكاح .

الأصحاب ، أن لها الفسخ في الحال ؛ منهم أبو بكر في « التنبية » ، والمجد في الإنصاف « المحرر » .

تنبيه : مفهوم قوله : فإن اعترف بذلك ، أجل . أنه لو أنكر ، لا يؤجل ما لم تقم بيته . وهو صحيح ، وهو المذهب ، اختاره القاضي في « التعليق » . قال في « الفروع » : والأصح لا يؤجل . وجزم به في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « الخلاصة » ، و « المنور » ، وغيرهم . وقدمه في « المستوعب » ، و « المحرر » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم . وقيل : يؤجل . وقدمه في « النظم » . وهو ظاهر كلام الخرقى . وقاله القاضي في « التعليق » أيضا ، في موضع آخر . وعنه ، يؤجل للبكر . فعلى المذهب ، يخلف . على الصحيح من المذهب . قال في « الفروع » : ويخلف في الأصح . قال الزركشي : يخلف ، على الصحيح من الوجهين . وجزم به في « المنور » . وقدمه في « المستوعب » ، و « المحرر » ، و « النظم » . وقيل : لا يخلف . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « مسبوك الذهب » ، و « الخلاصة » ، و « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » ، وغيرهم .

(١) في : التمهيد ٢٢٦/١٣ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٥٣/٦ .

قال القاضي : الوجهان مَبْنِيَّانِ عَلَى دَعْوَى الطَّلَاقِ . فعلى المذهب ، لو نكَلَ ، أَجَلَ . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْمُنَوَّرِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » . وَقِيلَ : تَرَدُّدُ الْيَمِينِ ، فَيَحْلِفُ وَيُؤْجَلُ .

فائدتان ؛ إحداهما ، المراد بالسنة هنا ، السنة الهلالية ، اثنا عشر شهراً هلالياً . قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله : هذا هو المفهوم من كلام العلماء ، فإنهم حيث أطلقوا السنة أرادوا بها الهلالية . قال : ولكن تعليلهم بالفصول يؤهم خلاف ذلك . قال ابن رجب : وقرأت بخط ولد أبي المعالي ابن منجى ^(١) ، يحكي عن والده ، أن المراد بالسنة هنا ، هي الشمسية الرومية ؛ لأنها هي الجامعة للفصول الأربعة التي تختلف الطبائع باختلافها ، بخلاف الهلالية . قال : وما أظنه أخذ ذلك إلا من تعليل الأصحاب ، لا من تضريحهم به . انتهى . قلت : الخطب في ذلك يسير ، والمدة متقاربة ؛ فإن زيادة السنة الشمسية على السنة الهلالية أحد عشر يوماً وربيع يوم ، أو وخمس يوم . الثانية ، لو اعتزلت المرأة الرجل ، لم تحتسب عليه من المدة ، ولو عزل نفسه أو سافر ، احتسب عليه ذلك . ذكره في « البلغة » . وذكر في « عمدة الأدلة » احتمالين ؛ هل يحتسب عليه في مدة نشوزها ، أم لا ؟ ووقع للقاضي في « خلافه » تردد . وذكر فيه أيضاً ، أنه لا يحتسب عليه بمدة الرجعة .

(١) هو عمر بن أسعد بن المنجي بن بركات ، التنوخي ، شمس الدين ، أبو الفتوح ، تفقه على والده ، وولى قضاء حران ، وكان عارفاً بالقضاء بصيراً بالشروط والحكومات والمسائل الغامضات ، صدرنا نبيلاً ، له كتاب « المعتمد والمعمل » . توفي سنة إحدى وأربعين وستائة . ذيل طبقات الحنابلة ٢/ ٢٢٥ ، ٢٢٦ . ونقل ابن رجب عنه موجود في صفحة ٢٢٦ .

فَإِنْ اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا مَرَّةً ، بَطَلَ كَوْنُهُ عَيْنِيًا ، المقنع

الشرح الكبير

٣٢٠٠ - مسألة : (فَإِنْ اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا مَرَّةً ، بَطَلَ كَوْنُهُ عَيْنِيًا)
أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ، يَقُولُونَ : مَتَى وَطِئَ امْرَأَتَهُ مَرَّةً ، ثُمَّ ادَّعَتْ
عَجْزَهُ ، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهَا ، وَلَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ . مِنْهُمْ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ،
وَالْحَسَنُ ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَقَتَادَةُ ،
وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ
الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : إِذَا عَجَزَ عَنْ وَطِئِهَا أَجَلَ لَهَا ^(١) ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنْ
وَطِئِهَا ، فَتَبَتَ حَقُّهَا ، كَمَا لَوْ وَجَبَ بَعْدَ الْوَطْءِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَدْ تَحَقَّقَتْ
قُدْرَتُهُ عَلَى الْوَطْءِ فِي هَذَا التَّكَاحِ ، وَزَوَالَ عُنْتِهِ ، فَلَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ،
كَمَا لَوْ لَمْ يَعْجَزْ ^(٢) ، وَلِأَنَّ حُقُوقَ الزَّوْجِيَّةِ ، مِنْ اسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ وَالْعِدَّةِ ،
تَثْبُتُ بِوَطْءٍ وَاحِدٍ ، وَقَدْ وُجِدَ . ^(٣) وَأَمَّا الْجَبُّ ^(٤) ، فَإِنَّهُ يَتَحَقَّقُ بِهِ
الْعَجْزُ ^(٥) ، فَافْتَرَقَا .

فصل : وَإِنْ عَلِمْتُ أَنَّ عَجْزَهُ عَنْ الْوَطْءِ لِعَارِضٍ ؛ مِنْ صِغَرٍ ، أَوْ

الإنصاف

تَنْبِيهِ : شَمِلَ قَوْلُهُ : فَإِنْ اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا مَرَّةً ، بَطَلَ كَوْنُهُ عَيْنِيًا . الْوَطْءُ فِي
الْحَيْضِ ، وَالْإِحْرَامِ ، وَغَيْرِهِمَا . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ
الْأَصْحَابِ . وَقِيلَ : لَا يَبْطُلُ كَوْنُهُ عَيْنِيًا بِوَطْئِهِ فِي الْحَيْضِ وَالْإِحْرَامِ . قَالَ
الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ . قُلْتُ : هَذَا ضَعِيفٌ جِدًّا .

(١) فِي م : « لَهَا » .

(٢) فِي م : « يَكُن » .

(٣-٣) فِي م : « مَا أَوْجِبَهُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الْجَبُّ » .

مَرَضٍ مَرَجُو الزَّوَالِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عَارِضٌ يَزُولُ ، وَالْعُنَّةُ لَا تَزُولُ ؛ لِأَنَّهَا جِلَّةٌ وَخِلَقَةٌ . وَإِنْ كَانَ لِكَبَرِهِ ، أَوْ مَرَضٍ لَا يُرْجَى بُرْؤُهُ ، ضُرِبَتْ لَهُ الْمُدَّةُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى مَنْ خُلِقَ كَذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ لِحَبِّ ، أَوْ شَلَلٍ ، ثَبَّتَ الْخِيَارُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ مَا يُوسِّسُ مِنْهُ ، فَلَا مَعْنَى لَانْتِظَارِهِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ بَقِيَ مِنَ الذِّكْرِ مَا لَا^(١) يُمَكِّنُ الْوَطْءَ بِهِ ،^(٢) فَلَا أَوْلَى ضَرْبُ الْمُدَّةِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْعَيْنِ خِلَقَةٌ . وَإِنْ [١٤٠/٦] اخْتَلَفَ فِي الْقَدْرِ الْبَاقِي هَلْ يُمَكِّنُ الْوَطْءَ بِهِ^(٣) أَوْ لَا ؟ رُجِعَ إِلَى أَهْلِ الْخِبْرَةِ فِي ذَلِكَ .

فصل : والوطء الذي يخرج به من العنة ، هو تغييب الحشفة في الفرج ؛ لأن الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق به ، فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ، كفاه تغييب قدر الحشفة من الباقي ، في أحد الوجهين ، ليكون ما يجري من المقطوع مثل ما يجري من الصحيح . والثاني ، لا يخرج

فائدتان ؛ إحداهما ، يكفي في زوال العنة تغييب الحشفة . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وقيل : يشترط إيلاجه جميعه . قطع به القاضي في « الجامع » . فعلى الأول ، يكفي تغييب قدر الحشفة من الذكر المقطوع . قدمه في « الرعاية الكبرى » ، و « الزركشي » . وقيل : يشترط إيلاج بقيته . قاله القاضي في « الجامع » . وقدمه ابن رزين في « شرحه » . وذكر الوجهين في « المجرد » . وأطلقهما في « المعنى » ، و « الشرح » ، و « الفروع » .

(١) سقط من : م .

(٢-٢) سقط من : م .

وَإِنْ وَطَّئَهَا فِي الدُّبْرِ ، أَوْ وَطَّئَ غَيْرَهَا ، لَمْ تَزُلِ الْعُنَّةُ . وَيَحْتَمِلُ ^{المقنع} أَنْ تَزُولَ .

الشرح الكبير

مِنَ الْعُنَّةِ إِلَّا بِتَغْيِيبِ جَمِيعِ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ ^(١) لَا حَدَّ هُنَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَهُ ، فَاعْتَبِرَ تَغْيِيبُ جَمِيعِهِ ؛ لِأَنَّهُ الْمَعْنَى الَّذِي يَتَحَقَّقُ بِهِ حَصُولُ حُكْمِ الْوَطْءِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَهَذَيْنِ .

٣٢٠١ - مسألة : (وَإِنْ وَطَّئَهَا فِي الدُّبْرِ ، أَوْ وَطَّئَ غَيْرَهَا ، لَمْ تَزُلِ الْعُنَّةُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَزُولَ) لِأَنَّ الدُّبْرَ لَيْسَ مَحَلًّا لِلْوَطْءِ ، فَأَشْبَهَ الْوَطْءَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْإِحْلَالُ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، وَلَا الْإِحْصَانُ . وَإِنْ وَطَّئَهَا فِي الْقُبْلِ حَائِضًا ، أَوْ نَفْسَاءً ، أَوْ مُحْرِمَةً ، أَوْ صَائِمَةً ، خَرَجَ عَنِ الْعُنَّةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ قِيَاسَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّ لَا يَخْرُجُ عَنِ الْعُنَّةِ ؛ لِنَصِّ أَحْمَدَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِهِ ^(٢) الْإِحْصَانُ وَ ^(٣) الْإِبَاحَةُ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، وَلِأَنَّهُ وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، أَشْبَهَ الْوَطْءَ فِي الدُّبْرِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطْءٌ فِي مَحَلِّ

الإنصاف

الثَّانِيَةِ ، لَوْ وَطَّئَهَا فِي الرَّدَّةِ ، لَمْ تَزُلْ بِهِ الْعُنَّةُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي مَحَلًّا وَفَاقَ مَعَ الشَّافِعِيَّةِ . قُلْتُ : ظَاهِرُ كَلَامِ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ زَوَالُهَا بِذَلِكَ . وَهُوَ الصَّوَابُ . قَوْلُهُ : وَإِنْ وَطَّئَهَا فِي الدُّبْرِ ، أَوْ وَطَّئَ غَيْرَهَا ، لَمْ تَزُلِ الْعُنَّةُ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمُنْذَهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الْمُعْنَى » ، وَ « الْكَافِي » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَغَيْرِهِمْ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢-٣) سقط من : م .

الوَطْءُ ، «افْخَرَجَ بِهِ عَنِ الْعُنَّةِ ، كَمَا لَوْ وَطَّئَهَا وَهِيَ مَرِيضَةٌ يَضُرُّهَا
الوَطْءُ ، وَلَأنَّ الْعُنَّةَ الْعَجْزُ عَنِ الْوَطْءِ ، فَلَا يَبْقَى مَعَ وُجُودِ الْوَطْءِ^(١) ؛ لَأنَّ
الْعَجْزَ ضِدُّ الْقُدْرَةِ ، فَلَا يَبْقَى مَعَ وُجُودِ ضِدِّهِ . وَمَا ذَكَرَهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛
لَأنَّ تِلْكَ الْأَحْكَامَ يَجُوزُ أَنْ تَنْتَفِي^(٢) مَعَ وُجُودِ سَبَبِهَا لِمَانِعٍ ، أَوْ فَوَاتِ
شَرْطٍ ، وَالْعُنَّةُ فِي نَفْسِهَا أَمْرٌ حَقِيقِيٌّ ، لَا يُتَصَوَّرُ بَقَاؤُهُ مَعَ انْتِفَائِهِ . وَأَمَّا
الْوَطْءُ فِي الدُّبْرِ ، فَلَيْسَ بَوَاطِئَ فِي مَحَلِّهِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَفِيهِ قَوْلٌ ،
أَنَّ الْعُنَّةَ تَزُولُ بِهِ . اخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّهُ أَضْعَبُ ، فَمَنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ
فَهُوَ عَلَى غَيْرِهِ أَقْدَرُ .

فصل : فَإِنْ وَطَّيَ امْرَأَةً ، لَمْ يَخْرُجْ بِهِ مِنَ الْعُنَّةِ فِي حَقِّ غَيْرِهَا . وَاخْتَارَ
ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الْعُنَّةِ فِي حَقِّ جَمِيعِ النِّسَاءِ ، فَلَا تُسْمَعُ دَعَاؤُهَا
عَلَيْهِ مِنْهَا وَلَا مِنْ غَيْرِهَا . وَهَذَا مُقْتَضَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلِ مَنْ قَالَ :

وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَزُولَ . وَهُوَ وَجْهٌ . قَالَ فِي «الْهِدَايَةِ» : وَيُخْرَجُ عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ،
أَنَّهَا تَزُولُ . قَالَ فِي «الْمُذْهَبِ» ، وَ«مَسْبُوكِ الذَّهَبِ» ، [٣٣٢/٢ ط]
و «الْمُسْتَوْعِبِ» : لَمْ تَزُلِ الْعُنَّةُ عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْمُنَوَّرِ» . وَهُوَ
مُقْتَضَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ عَقِيلٍ . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا جَزَمَ بِهِ ابْنُ عَبْدِوَسٍّ فِي
«تَذَكُّرَتِهِ» ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : وَتَزُولُ بِإِيلَاجِ الْحَشْفَةِ فِي فَرْجٍ . قُلْتُ : وَهُوَ
الصَّوَابُ . وَأُطْلِقُهُمَا فِي «الْمُحَرَّرِ» ، وَ«النَّظْمِ» ، وَ«الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ،
و «الزَّرْكَشِيِّ» ، وَ«الْفُرُوعِ» . وَقَالَ : لِاخْتِلَافِ أَصْحَابِنَا فِي إِمْكَانِ طَرَيَانِ

(١-١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « يَبْقَى » .

إِنَّهُ يُخْتَبَرُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ أُخْرَى . وَيُحْكَى ذَلِكَ عَنْ سَمُرَةَ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ
الْعَزِيزِ ، قَالُوا : لَأَنَّ الْعُنَّةَ خِلْقَةٌ وَجِبِلَّةٌ لَا تَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ النِّسَاءِ ، فَإِذَا انْتَفَتْ
فِي حَقِّ امْرَأَةٍ ، لَمْ تَبْقَ فِي حَقِّ غَيْرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ حُكْمَ كُلِّ امْرَأَةٍ مُعْتَبَرٌ
بِنَفْسِهَا ، وَلِذَلِكَ لَوْ ثَبَّتْ عُنْتَهُ فِي حَقِّهِنَّ ، فَرَضَى بَعْضُهُنَّ ، سَقَطَ حَقُّهَا
وَحَدَّهَا دُونَ الْبَاقِيَّاتِ ، وَلِأَنَّ الْفَسْخَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْحَاصِلِ بِالْعَجْزِ عَنْ
وَطْئِهَا ، وَهُوَ ثَابِتٌ فِي حَقِّهَا لَا يَزُولُ بِوَطْئِ غَيْرِهَا . وَقَوْلُهُ : كَيْفَ يَصِحُّ
الْعَجْزُ عَنْ وَاحِدَةٍ دُونَ أُخْرَى ؟ قُلْنَا : قَدْ تَنَهَضُ شَهْوَتُهُ فِي حَقِّ إِحْدَاهُمَا ،
لَفَرَطِ حُبِّهِ إِيَّاهَا ، وَمِثْلِهِ إِلَيْهَا ، وَاجْتِصَاصِهَا بِكَمَالٍ^(١) وَنَحْوِهِ^(٢) دُونَ
الْأُخْرَى . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَأَصَابَهَا ، ثُمَّ أَبَانَهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ،
فَعَنْ^(٣) «عَنْهَا ، فَلَهَا»^(٣) الْمُطَالَبَةُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ [١٤٠/٦] أَنْ يَعْنَى عَنْ امْرَأَةٍ
دُونَ أُخْرَى ، فَفِي نِكَاحٍ دُونَ نِكَاحٍ أَوْلَى . وَمُقْتَضَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَمَنْ
وَأَفَقَهُ ، لَا يَصِحُّ هَذَا ، بَلْ مَتَى وَطِئَ امْرَأَةً ، لَمْ تَثْبُتْ عُنْتُهُ أَبَدًا .

الْعُنَّةُ . عَلَى مَا فِي « التَّرْغِيبِ » وَغَيْرِهِ ، وَعَلَى مَا فِي « الْمُغْنَى » وَغَيْرِهِ ، وَلَوْ
أُمْكِنَ ؛ لِأَنَّهُ بِمَعْنَاهُ ، وَلِهَذَا جَزَمَ بَأَنَّهُ لَوْ عَجَزَ لِكِبَرِهِ ، أَوْ مَرَضٍ لَا يُرْجَى بُرْؤُهُ ،
ضُرِبَتْ الْمُدَّةُ . انْتَهَى . قُلْتُ : قَالَ فِي « الْبُلْعَةِ » : اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا ؛ هَلْ يُمَكِّنُ
طَرَيَانُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَيَنْبِئُنِي عَلَيْهَا ، لَوْ تَعَذَّرَ الْوَطْءُ فِي إِحْدَى الزَّوْجَتَيْنِ ، أَوْ كَانَ
يُمَكِّنُ فِي الدُّبْرِ دُونَ غَيْرِهِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » : وَإِنْ وَطِئَ غَيْرَهَا ، أَوْ وَطِئَهَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِحَالٍ » . وَفِي الْمَغْنَى ٩٠/١٠ : « بِحِمَالٍ » .

(٢) فِي م : « لَوْجُهُ » .

(٣ - ٣) فِي م : « أَحَدُهَا » .

وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَطِئَهَا ، وَقَالَتْ : إِنَّهَا عَذْرَاءُ . وَشَهِدَ بِذَلِكَ امْرَأَةٌ ثَقَّةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، [٢٠٩ ط] وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ .

٣٢٠٢ - مسألة : (وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَطِئَهَا ، وَقَالَتْ : إِنَّهَا عَذْرَاءُ . فَشَهِدَتْ بِذَلِكَ امْرَأَةٌ ثَقَّةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) إِذَا ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ عُنَّةَ زَوْجِهَا ، فَادَّعَى أَنَّهُ وَطِئَهَا ، وَقَالَتْ : إِنَّهَا عَذْرَاءُ . أُرِيَتْ النِّسَاءَ الثَّقَاتِ ، فَإِنْ شَهِدْنَ بِعُذْرَتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، وَيُقْبَلُ فِي بَقَاءِ عُذْرَتِهَا شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ، كَالرِّضَاعِ ، وَيُؤْجَلُ^(١) . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يُزِيلُ الْعُذْرَةَ ، فَوْجُودُهَا يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ الْوَطْءِ . فَإِنْ ادَّعَى أَنَّ عُذْرَتَهَا عَادَتْ بَعْدَ الْوَطْءِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا بَعِيدٌ جَدًّا ، وَإِنْ كَانَ مُتَصَوِّرًا . وَهَلْ تُسْتَحْلَفُ

فِي الدُّبْرِ ، أَوْ فِي نِكَاحٍ آخَرَ ، لَمْ تَزَلْ عُنْتَهُ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَطَرُّأُ فِي الْأَصَحِّ . وَقِيلَ : تَزُولُ ، كَمَنْ أَقَرَّتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا فِي هَذَا النِّكَاحِ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَلَعَلَّ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ مَبْنِيَّانِ عَلَى تَصَوُّرِ طَرَيَانِ الْعُنَّةِ . وَقَدْ وَقَعَ لِلْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، أَنَّهَا لَا تَطَرُّأُ ، وَكِلَاهُمَا هُنَا يَدُلُّ عَلَى طَرَيَانِهَا .

قوله : وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَطِئَهَا ، وَقَالَتْ : إِنَّهَا عَذْرَاءُ . وَشَهِدَ بِذَلِكَ امْرَأَةٌ ثَقَّةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَكْفِي شَهَادَةُ امْرَأَةٍ ثَقَّةٍ ، كَالرِّضَاعِ ، وَعَلَيْهِ الْأَصْحَابُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هِيَ الْمَشْهُورَةُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الرِّعَايَةِ » ، وَ« الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنهُ ، لَا يُقْبَلُ إِلَّا اثْنَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُغْنَى » ، وَ« الشَّرْحِ » .

(١) بعده في م : « الرجل » .

المرأة ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تُسْتَحْلَفُ ؛ لِإِزَالَةِ هَذَا الاحْتِمَالِ ،
كَمَا يُسْتَحْلَفُ سَائِرُ مَنْ قُلْنَا : الْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَالْآخَرُ ، لَا تُسْتَحْلَفُ ؛ لِأَنَّ
مَا يَبْعُدُ جِدًّا لَا تَفَاتٍ إِلَيْهِ ، كاحْتِمَالِ كَذِبِ الْبَيِّنَةِ الْعَادِلَةِ ، وَكَذِبِ الْمُقَرَّرِ
فِي إِقْرَارِهِ . وَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُقْبَلُ
فِيهِ شَهَادَةُ وَاحِدَةٍ ، كَالرُّضَاعِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا اثْنَانِ ؛ لِأَنَّ مَا
يُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الرِّجَالِ لَا يُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا اثْنَانِ ، فَالنِّسَاءُ أَوْلَى .

فصل : وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ لَهَا أَحَدٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةُ
فِي الرِّجَالِ وَعَدَمُ الْعُيُوبِ ، وَدَعْوَاهُ تَتَضَمَّنُ سَلَامَةَ الْعَقْدِ وَصِحَّتَهُ ، وَيَسْقُطُ
حُكْمُ قَوْلِهَا ، لِتَبَيُّنِ كَذِبِهَا . فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّ عُذْرَتَهَا زَالَتْ بِسَبَبٍ
آخَرَ ^(١) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْأَسْبَابِ .

فَلَوْ قَالَ : أَزَلْتُ بَكَارَتَهَا ، ثُمَّ عَادَتْ . وَأُنْكَرَتْ هِيَ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا . بَلَا
نِزَاعٍ ، وَيُحْلَفُ ، عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . قَطَعَ بِهِ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ،
وَابْنُ الْجَوَازِيِّ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَالسَّامَرِيُّ فِي
« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَأَبُو الْمَعَالِي فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَالْمَجْدُ ، وَغَيْرُهُمْ . وَقِيلَ :
لَا يَمِينُ عَلَيْهَا . وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْخَرَقِيِّ ، وَابْنِ أَبِي مُوسَى . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ .

فائدة : لَوْ تَزَوَّجَ بِكَرٍّ ، فَادَّعَتْ أَنَّهُ عَيْنٌ ، فَكَذَّبَهَا ، وَادَّعَى أَنَّهُ أَصَابَهَا ،
وظَهَرَتْ ثُبُوبًا ، فَادَّعَتْ أَنَّ ثُبُوبَهَا بِسَبَبٍ آخَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ . ذَكَرَهُ
الْأَصْحَابُ . قَالَ فِي « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ عَشْرَةَ » : وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرُ .

(١) فِي م : « أَحَدٌ » .

المقنع فَإِنْ كَانَتْ ثَبِيًّا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَعَنْهُ ، الْقَوْلُ قَوْلُهَا .

الشرح الكبير

٣٢٠٣ - مسألة : (وإن كانت ثَبِيًّا ، فالقول قولُهُ) لِمَا ذَكَرْنَا .
ولأنَّ هذا تَعَدُّرُ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ مَعَ يَمِينِهِ . وبهذا قال
الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا تَتَعَدَّرُ
إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ (١) عَلَيْهِ ، وَجَبَّتْهُ (٢) أَقْوَى ، فَإِنَّ دَعْوَاهُ سَلَامَةُ الْعَقْدِ ، وَسَلَامَةُ
نَفْسِهِ مِنَ الْعُيُوبِ ، وَالْأَصْلُ السَّلَامَةُ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَالْمُنْكَرِ فِي
سَائِرِ الدَّعَاوَى ، وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ عَلَى صِحَّةِ مَا قَالَ . وهذا قولٌ مَنْ سَمِعْنَا
هَهُنَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ مُحْتَمِلٌ لِلْكَذِبِ ، فَقَوَّيْنَا قَوْلَهُ بِيَمِينِهِ ، كَمَا فِي سَائِرِ
الدَّعَاوَى الَّتِي يُسْتَحْلَفُ فِيهَا . فَإِنْ نَكَلَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ ، وَيَدُلُّ عَلَى
وُجُوبِ الْيَمِينِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ » (٣) . قال القاضي : وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يُسْتَحْلَفَ ، بِنَاءً (٤) عَلَى إِنْكَارِهِ
دَعْوَى الطَّلَاقِ ، فَإِنَّ فِيهِارِوَايَتَيْنِ ، كَذَا هَهُنَا . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُسْتَحْلَفُ ؛
لِدَلَالَةِ الْخَبَرِ وَالْمَعْنَى عَلَيْهِ (و) رَوَى (عَنْ أَحْمَدَ) أَنَّ (الْقَوْلَ قَوْلُهَا) مَعَ

الإنصاف

قوله : فَإِنْ كَانَتْ ثَبِيًّا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . هذا إِيحَادِي الرُّوَايَاتِ . جَزَمَ بِهِ فِي
« الْعُمْدَةِ » ، وَ « الْوَجِيزِ » ، وَ « مُتَخَبِّ الْأَرْجَى » ، وَغَيْرِهِمْ . وَاخْتَارَهُ
القاضي فِي كِتَابِ « الرُّوَايَتَيْنِ » ، وَالْمُصَنَّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍّ ، فِي
« تَذَكُّرَتِهِ » . وَعَنْهُ ، الْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ،

(١-١) فِي م : « وَيَمِينُهُ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ فِي ٤٧٨/١٢ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُخْلَى مَعَهَا فِي بَيْتٍ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَخْرَجَ مَاءَكَ ^{المقنع} عَلَى شَيْءٍ . فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنِيٍّ ، جُعِلَ عَلَى النَّارِ ، فَإِنْ ذَابَ ، فَهُوَ مَنِيٌّ ، وَبَطَلَ قَوْلُهَا .

الشرح الكبير

يَمِينُهَا . حَكَاهَا الْقَاضِي فِي « الْمَجَرَّدِ » ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِصَابَةِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ مُوَافِقٌ لِلْأَصْلِ ، وَالْيَقِينُ مَعَهَا (وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُخْلَى مَعَهَا فِي بَيْتٍ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَخْرَجَ مَاءَكَ عَلَى [١٤١/٦] شَيْءٍ . فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنِيٍّ ، جُعِلَ عَلَى النَّارِ ، فَإِنْ ذَابَ ، فَهُوَ مَنِيٌّ ، وَبَطَلَ قَوْلُهَا) هَكَذَا حَكَاهُ الْخِرَقِيُّ عَنْ أَحْمَدَ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ أَخْرَجَ مَاءَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَيْنَ يَضْعُفُ عَنِ الْإِنْزَالِ ، فَإِذَا أَنْزَلَ تَبَيَّنَا صِدْقَهُ ، فَتَحَكُّمُ بِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ عَطَاءٍ . فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنِيٍّ ، جُعِلَ عَلَى النَّارِ ، فَإِنْ ذَابَ فَهُوَ مَنِيٌّ ؛ لِأَنَّهُ يُشَبِّهُ بَيَاضَ الْبَيْضِ ، وَذَلِكَ إِذَا وُضِعَ عَلَى النَّارِ تَجَمَّعَ وَيَسَّ ، وَهَذَا يَذُوبُ ، فَيَتَمَيَّزُ بِذَلِكَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ ، فَيُخْتَبَرُ بِهِ . وَعَلَى هَذَا ، مَتَى عَجَزَ عَنْ إِخْرَاجِ مَائِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرَأَةِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهَا . وَفِي

الإنصاف

و « النَّظْمِ » ، و « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يُخْلَى مَعَهَا فِي بَيْتٍ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَخْرَجَ مَاءَكَ عَلَى شَيْءٍ . فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنِيٍّ ، جُعِلَ عَلَى النَّارِ ، فَإِنْ ذَابَ ، فَهُوَ مَنِيٌّ ، وَبَطَلَ قَوْلُهَا . وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . نَقَلَهَا مُهَنَّأٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَأَبُو الْحَارِثِ وَغَيْرُهُمْ . وَاخْتَارَهَا الْقَاضِي ، وَالشَّرِيفُ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي « خِلَافَيْهِمَا » ، وَالشَّيرَازِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ نَازِمُ الْمَفْرَدَاتِ . وَهُوَ مِنْهَا . فَعَلِيَ هَذَا ، لَوْ ادَّعَتْ أَنَّهُ مَنِيٌّ غَيْرُهُ ، فَقَالَ فِي « الْمُبْهَجِ » : الْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ

كلّ موضعٍ حَكَمْنَا بِوُطْئِهِ بَطْلَ (أَحْكُمُ عَنْتَهُ^(١)) ، فَإِنْ كَانَ فِي ابْتِدَاءِ الْأَمْرِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ ضَرْبِ الْمُدَّةِ ، انْقَطَعَتْ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ انْقِضَائِهَا ، لَمْ يَثْبُتْ لَهُ خِيَارٌ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنَا بِعَدَمِ الْوُطْئِ مِنْهُ ، حَكَمْنَا بِعُنْتِهِ ، كَالْوَأَقْرِ بِهَا . وَابْتِخَارَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّهُ يُزَوِّجُ امْرَأَةً لَهَا حَظٌّ مِنَ الْجَمَالِ ، وَتُعْطَى صَدَاقُهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، وَيُخْلَى مَعَهَا^(٢) ، وَتُسَالُ عَنْهُ ، وَيُؤْخَذُ بِمَا تَقُولُ ، فَإِنْ أَخْبَرَتْ بِأَنَّهُ يَطْأُ ، كُذِّبَتِ الْأُولَى ، وَالثَّانِيَةُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْإِقَامَةِ وَالْفَسْخِ ، وَإِنْ كُذِّبَتْ ، فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا^(٣) ، وَصَدَاقُ الثَّانِيَةِ مِنْ مَالِهِ هَهُنَا ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى سَمُرَةَ ، فَشَكَتْ إِلَيْهِ أَنَّهُ لَا يَصِلُ إِلَيْهَا زَوْجُهَا ، فَكَتَبَ إِلَى مُعَاوِيَةَ ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ أَنْ زَوْجَهُ امْرَأَةٌ ذَاتَ جَمَالٍ ، يُذَكِّرُ عَنْهَا الصَّلَاحُ ، وَسُقِيَ إِلَيْهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ عَنْهُ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَقَدْ كُذِّبَتْ ، وَإِنْ لَمْ يُصِبْهَا فَقَدْ صَدَقَتْ . فَفَعَلَ^(٤)

اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ أَبِي دَاوُدَ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ . قُلْتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِي « التَّنْبِيهِ » : يُزَوِّجُ امْرَأَةً مِنْ بَيْتِ الْمَالِ . قَالَ الْقَاضِي : لَهَا دَيْنٌ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ : لَهَا حَظٌّ مِنَ الْجَمَالِ . فَإِنْ ذَكَرَتْ أَنَّهُ قَرَّبَهَا ، كُذِّبَتِ الْأُولَى ، وَخُيِّرَتِ الثَّانِيَةُ فِي الْإِقَامَةِ وَالْفِرَاقِ ، وَيَكُونُ الصَّدَاقُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، وَإِنْ كُذِّبَتْ ، فُرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُولَى ، وَكَانَ الصَّدَاقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ . وَاعْتَمَدَ فِي ذَلِكَ عَلَى أَثَرِ رَوَاهُ عَنْ سَمُرَةَ ، وَضَعَفَهُ الْأَصْحَابُ ، وَرَدُّوهُ ، مِنْهُمْ الْمُصَنِّفُ .

(١-١) فِي الْأَصْلِ : « أَحْكُمُ عَنْتَهُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَبَيْنَهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « فَعَلَ » .

ذلك سَمُرَةٌ ، فجاءت المرأة فقالت : ليس عنده شيء . ففرَّقَ بينهما . وقال الأوزاعي : تشهدُ امرأتان ، ويُتركُ بينهما ثوبٌ ، ويُجامعُ امرأته ، فإذا قام عنها نظرَتا إلى فرجها ، فإن كان فيه رطوبةُ الماءِ فقد صدق ، وإلا فلا . وحكى عن مالكٍ مثل ذلك ، إلا أنه اكتفى بواحدة . والصحيح أن القول قوله ؛ لما ذكرنا ، وكما لو ادَّعى الوطءُ في الإيلاء . واعتبارُ خروجِ الماءِ ضَعِيفٌ ؛ لأنه قد يَطأُ ولا يُنزِلُ ، وقد يُنزِلُ من غيرِ وطءٍ ، فإنَّ ضَعْفَ الذَّكَرِ لا يَمْنَعُ سَلَامَةَ الظَّهْرِ ونُزُولِ الماءِ ، وقد يَعْجِزُ السَّليْمُ القَادِرُ عن الوطءِ في بعضِ الأحوالِ ، وليس كُلُّ مَنْ عَجَزَ عن الوطءِ في حالٍ من الأحوالِ ، أو وقتٍ من الأوقاتِ ، يكونُ عَيْنِيًا ، ولذلك جَعَلْنَا مُدَّتَهُ سَنَةً ، وتزويجُهُ بامرأةٍ ثانيةٍ ، لا يَصِحُّ لذلك أيضًا ، ولأنَّه قد يَعْنُ عن امرأةٍ دونَ أُخْرَى ، ولأنَّ نِكَاحَ الثانيةِ إن كان مُوقَّتًا أو غيرَ لازمٍ ، فهو نِكَاحٌ باطلٌ ، والوطءُ فيه حَرَامٌ ، وإن كان صَحِيحًا لازِمًا ، ففيه إضرارٌ بالثانيةِ ، ولا يَنْبَغِي أن يُقْبَلَ قولُها ؛ لأنها تُريدُ بذلك تَخْلِيصَ نَفْسِها ، فهي مُتَّهِمَةٌ فيه ،

تنبيه : اعلم أن المَجْدَ ، ومن تابَعَه ، خصَّ الرُّوَايَةَ الثَّانِيَةَ بما إذا ادَّعى الوطءَ بعد ما ثَبَتَتْ عُنْتُهُ وَأُجِّلَ ؛ لأنه انْضَمَّ إلى عَدَمِ الوطءِ وجودُ ما يَفْتَضِي الفَسْخَ ، وجعلُوا ، على هذه الرُّوَايَةِ ، إذا ادَّعى الوطءَ ابْتِدَاءً ، وأنكَرَ العُنَّةَ ، أنَّ القَوْلَ قولُهُ مع يَمِينِهِ . وهى طريقةُ صَاحِبِ « الفروع » . قال الزَّرَّكَشِيُّ : وأُطْلِقَ هذه الرُّوَايَةَ جُمُهورُ الأصحابِ ، ولَفْظُها يشهدُ لهم ؛ فإنه قال : إذا ادَّعتِ المرأةُ أنَّ زَوْجَها لا يَصِلُ إليها ، اسْتَحْلَفَتْ . انتهى .

فائدة : لو ادَّعتِ زَوْجَةً مَجْنُونٍ عُنْتُهُ ، ضَرَبَتْ لَهُ مُدَّةً ، عند ابنِ عَقِيلٍ .

فصل : الْقِسْمُ الثَّانِي ، يَخْتَصُّ بِالنِّسَاءِ ، وَهُوَ شَيْئَانِ ؛ الرَّتْقُ ، وَهُوَ كَوْنُ الْفَرْجِ مَسْدُودًا لَا مَسْلَكَ لِلذَّكْرِ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ الْقَرْنُ وَالْعَفْلُ ، وَهُوَ لَحْمٌ يَحْدُثُ فِيهِ يَسْدُهُ . وَقِيلَ : الْقَرْنُ عَظْمٌ ، وَالْعَفْلُ رَغْوَةٌ تَمْنَعُ لَذَّةَ الْوَطْءِ . وَالثَّانِي ، الْفَتَقُ ، وَهُوَ انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ السَّبِيلَيْنِ . وَقِيلَ : انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ مَخْرَجِ الْبَوْلِ وَالْمَنِيِّ .

وليست بأحقَّ أن يُقْبَلَ قولُها من الأولى ، ولأنَّ الرجلَ لو أقرَّ بالعَجْزِ عن الْوَطْءِ في يومٍ أو شهرٍ ، لم يَثْبُتْ عَنْتُهُ بذلك ، [١٤١/٦ ط] وأكثرُ ما في الذي ذَكَرُوهُ ، أن يَثْبُتَ عَجْزُهُ عن الْوَطْءِ في اليومِ الذي اخْتَبَرُوهُ فِيهِ ، وإذا لم يَثْبُتْ حُكْمُ عَنْتِهِ بإقرارِهِ بعَجْزِهِ ، فلأنَّ لا يَثْبُتُ بدَعْوَى غيرِهِ ذلكَ عَلَيْهِ أُولَى .

فصل : (الْقِسْمُ الثَّانِي ، يَخْتَصُّ بِالنِّسَاءِ ، وَهُوَ شَيْئَانِ ؛ الرَّتْقُ ، وَهُوَ كَوْنُ الْفَرْجِ مَسْدُودًا لَا مَسْلَكَ لِلذَّكْرِ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ الْقَرْنُ وَالْعَفْلُ ، وَهُوَ لَحْمٌ يَحْدُثُ فِيهِ يَسْدُهُ . وَقِيلَ : الْقَرْنُ عَظْمٌ ، وَالْعَفْلُ رَغْوَةٌ) (١) فِيهِ (تَمْنَعُ لَذَّةَ الْوَطْءِ . الثَّانِي ، الْفَتَقُ ، وَهُوَ انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ السَّبِيلَيْنِ . وَقِيلَ : انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ مَخْرَجِ الْبَوْلِ وَالْمَنِيِّ) .

قلتُ : وَهُوَ الصَّوَابُ . وَعِنْدَ الْقَاضِي ، لَا تُضْرَبُ . وَأُطْلَقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » . وَهَلْ تَبْطُلُ بِحُدُوثِهِ ، فَلَا يَفْسَخُ الْوَلِيُّ ؟ فِيهِ الْوَجْهَانِ . قَالَ فِي « الْفُرُوعِ » .
قوله : الْقِسْمُ الثَّانِي ، يَخْتَصُّ بِالنِّسَاءِ ، وَهُوَ شَيْئَانِ ؛ الرَّتْقُ ، وَهُوَ كَوْنُ الْفَرْجِ

(١) في م : « تحدث فيه » .

مَسْدُودًا [٣/ ٣٤] مُلْتَصِقًا ، لَا مَسْلَكَ لِلذَّكْرِ فِيهِ . وَكَذَلِكَ الْقَرْنَ وَالْعَقْلُ ؛ وَهُوَ لَحْمٌ يَحْدُثُ فِيهِ يُسَدُّ . فَجَعَلَ الرَّتْقَ السَّدَّ ، وَجَعَلَ الْقَرْنَ وَالْعَقْلَ لَحْمًا يَحْدُثُ فِي الْفَرْجِ ، فَهُمَا فِي مَعْنَى الرَّتْقِ إِلَّا أَنَّهُمَا نَوْعٌ آخَرُ . وَهُوَ قَوْلُ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرِّدِ » ، وَتَبِعَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَصَاحِبُ « الْخُلَاصَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » . وَجَعَلَ الْقَاضِي فِي « الْخِلَافِ » الثَّلَاثَةَ لَحْمًا يَنْبُتُ فِي الْفَرْجِ . وَيَحْتَمِلُهُ كَلَامُ الْمُصَنِّفِ هُنَا ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي « الرَّعَايَةِ الصَّغْرَى » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ : الْعَقْلُ ؛ رَغْوَةٌ تَمْنَعُ لَذَّةَ الْوَطْءِ . وَهُوَ بَعْضُ الْقَوْلِ الَّذِي حَكَاهُ الْمُصَنِّفُ . قَالَ فِي « الرَّعَايَةِ » ، بَعْدَ هَذَا الْقَوْلِ : فَإِذَا لَا فَسَخَ لَهُ فِي وَجْهِهِ . وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ : وَإِذَا فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ بِهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » أَيْضًا . قُلْتُ : الصَّوَابُ ثُبُوتُهُ بِذَلِكَ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ وَغَيْرِهِ . وَقِيلَ : الْقَرْنُ ؛ عَظْمٌ . وَهُوَ مِنْ تِمَّةِ الْقَوْلِ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْمَذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » . قَالَ صَاحِبُ « الْمُطْلَعِ » ، وَالزَّرْكَشِيُّ : هُوَ عَظْمٌ أَوْ غُدَّةٌ تَمْنَعُ مِنْ وُلُوجِ الذَّكْرِ . وَقَالَا : الْعَقْلُ ؛ شَيْءٌ يَخْرُجُ مِنْ فَرْجِ الْمَرْأَةِ ، وَحَيَا النَّاقَةِ ، شَبِيهٌ بِالْأَذْرَةِ الَّتِي لِلرِّجَالِ فِي الْخُضْيَةِ . وَعَلَى كَلَا الْأَقْوَالِ ، يَثْبُتُ بِهِ الْخِيَارُ عَلَى الصَّحِيحِ . وَقَالَ فِي « الرَّعَايَةِ الْكُبْرَى » : فَإِذَا لَا فَسَخَ لَهُ فِي وَجْهِهِ . كَمَا قَالَ فِي الْعَقْلِ .

قوله : والثاني ، الفتق ؛ وهو انخراق ما بين السَّيْلَيْنِ . وقيل : انخراق ما بين مَخْرَجِ الْبَوْلِ وَالْمَنِيِّ . وَكَذَا قَالَ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ« الْمَذْهَبِ » ، وَ« مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، وَ« الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ« الْمُعْنَى » ، وَ« الْبُلْعَةِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الزَّرْكَشِيِّ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » :

فصل : القسم الثالث ، مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا ، وَهُوَ الْجُدَامُ وَالْبَرَصُ وَالْجُنُونُ ، سَوَاءٌ كَانَ مُطْبِقًا أَوْ يَخْتَقُ فِي الْأَحْيَانِ . فَهَذِهِ الْأَقْسَامُ يَثْبُتُ بِهَا خِيَارُ الْفَسْخِ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ .

فصل : قال الشيخ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (القسم الثالث ، مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا ، وَهُوَ الْجُدَامُ وَالْبَرَصُ وَالْجُنُونُ ، سَوَاءٌ كَانَ مُطْبِقًا ، أَوْ يَخْتَقُ فِي الْأَحْيَانِ . فَهَذِهِ الْأَقْسَامُ يَثْبُتُ بِهَا خِيَارُ الْفَسْخِ ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ) لِمَا

هو انخِرَاقُ ما بينَ القُبُلِ والدُّبُرِ ، أو ما بينَ مَخْرَجِ البَوْلِ والمَنِيِّ . وجَزَمَ في « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْوَجِيزِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، أَنَّ الْفَتَى ؛ انخِرَاقُ ما بينَ السَّبِيلَيْنِ . وَقَدَّمَ في « الْكَافِي » ، أَنَّ الْفَتَى ؛ انخِرَاقُ^(١) ما بينَ مَخْرَجِ البَوْلِ والمَنِيِّ . وَثُبُوتُ الْخِيَارِ فِي الْفَتَى مِنْ مُفْرَدَاتِ الْمَذْهَبِ . إِذَا عَلِمْتَ ذَلِكَ ، فَانخِرَاقُ ما بينَ السَّبِيلَيْنِ يَثْبُتُ لِلزَّوْجِ الْخِيَارُ ، بِلَا خِلَافٍ أَعْلَمُهُ . قَالَ في « الرُّوْضَةِ » : أَوْ وَجَدَ اخْتِلَاطَهُمَا لِعِلَّةٍ ؛ لِأَنَّ النَّفْسَ تَعَافُهُ أَكْثَرُ . وَأَمَّا انخِرَاقُ ما بينَ البَوْلِ والمَنِيِّ ، فَالصَّحِيحُ أَيْضًا مِنَ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ لِلزَّوْجِ الْخِيَارُ . قَالَ في « الْهِدَايَةِ » ، و « الْمُسْتَوْعِبِ » : يَثْبُتُ بِهِ الْخِيَارُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا . وَجَزَمَ بِهِ في « الْمَذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الْخُلَاصَةِ » ، و « الْبُلْغَةِ » ، و « الْمُنَوَّرِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ في « الْكَافِي » . وَقِيلَ : لَا يَثْبُتُ بِهِ خِيَارٌ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ في « الْوَجِيزِ » . وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا قَدَّمَهُ في « الرَّعَايَتَيْنِ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، و « الْفُرُوعِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » .

قوله : الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا ؛ وَهُوَ الْجُدَامُ ، وَالْبَرَصُ ، وَالْجُنُونُ ،

(١) في الأصل : « انخراج » .

فَصْلٌ : وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْبَحْرِ ، وَهُوَ تَنْنُ الْفَمِ . وَقَالَ ^{المقنع} ابْنُ حَامِدٍ : [٢١٠] تَنْنٌ فِي الْفَرْجِ يَثُورُ عِنْدَ الْوَطْءِ . وَاسْتِطْلَاقُ الْبَوْلِ وَالنَّجْوِ ، وَالْقُرُوحِ السَّيَّالَةِ فِي الْفَرْجِ ، وَالْبَاسُورِ ، وَالنَّاسُورِ ، وَالْخِصَاءِ ، وَهُوَ قَطْعُ الْخُصْيَتَيْنِ ، وَالسَّلِّ ، وَهُوَ سَلُّ الْبَيْضَتَيْنِ ، وَالْوِجَاءِ ، وَهُوَ رَضُّهُمَا ، وَفِي كَوْنِهِ خُنْثَى ، وَفِيمَا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْبًا بِهِ مِثْلُهُ ، أَوْ حَدَّثَ بِهِ الْعَيْبَ بَعْدَ

سَبَقَ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا دَلِيلَ ذَلِكَ وَالْخِلَافَ فِيهِ .

فصل : (وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْبَحْرِ ، وَهُوَ تَنْنُ الْفَمِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : تَنْنٌ فِي الْفَرْجِ يَثُورُ عِنْدَ الْوَطْءِ . وَاسْتِطْلَاقُ الْبَوْلِ وَالنَّجْوِ ^(١) ، وَالْقُرُوحِ السَّيَّالَةِ فِي الْفَرْجِ ، وَالْخِصَاءِ ، وَهُوَ قَطْعُ الْخُصْيَتَيْنِ ، وَالسَّلِّ ، وَهُوَ سَلُّ الْبَيْضَتَيْنِ . وَالْوِجَاءِ ، وَهُوَ رَضُّهُمَا . وَفِيمَا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْبًا بِهِ مِثْلُهُ ، أَوْ حَدَّثَ بِهِ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، وَفِي كَوْنِهِ خُنْثَى ،

^{الإنصاف} سَوَاءٌ كَانَ مُطْبِقًا ، أَوْ يَخْنُقُ فِي الْأَحْيَانِ . وَقَالَ فِي « الْوَاضِحِ » : جُنُونٌ غَالِبٌ . وَقَالَ فِي « الْمُغْنَى » ^(٢) : أَوْ إِغْمَاءٌ ، لَا إِغْمَاءَ مَرِيضٍ لَمْ يَذُمَّ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : فَإِنْ زَالَ الْعَقْلُ بِمَرَضٍ ، فَهُوَ إِغْمَاءٌ لَا يُثْبِتُ حَيَارًا ، فَإِنْ دَامَ بَعْدَ الْمَرَضِ ، فَهُوَ جُنُونٌ .

قوله : وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْبَحْرِ ، وَاسْتِطْلَاقُ الْبَوْلِ ، وَالنَّجْوِ ، وَالْقُرُوحِ

(١) النجو : ما يخرج من البطن من ريح وغازط .

(٢) انظر : المغنى ٥٨/١٠ .

المفنع العَقْد ، هَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

هل يَثْبُتُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ (أَحَدُهُمَا ، لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ ، وَهُوَ الْمَفْهُومُ مِنْ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ^(١) ذَكَرَ الْعُيُوبَ الَّتِي تُثْبِتُ الْخِيَارَ فِي فُسْخِ النِّكَاحِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ ، وَلَا يُخْشَى تَعَدُّيهِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ الْخِيَارُ ، كَالْعَمَى وَالْعَرَجِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِنَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ أَوْ قِيَاسٍ ، وَلَا نَصٌّ فِيهَا وَلَا إِجْمَاعٌ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْعُيُوبِ الْمُثْبِتَةِ لِلْخِيَارِ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ ، فَإِنَّ الْوُطْءَ مَعَ هَذِهِ الْعُيُوبِ مُمَكِّنٌ ، بَلْ قَدْ قِيلَ : إِنَّ الْخَصِيَّ أَقْدَرُ عَلَى الْجِمَاعِ ؛

الإنصاف

السَّيَّالَةَ فِي الْفَرْجِ ، وَالْبَاسُورَ ، وَالنَّاسُورَ ، وَالْخِصَاءَ ؛ وَهُوَ قَطْعُ الْخُصْيَتَيْنِ ، وَالسَّلَّ ، وَهُوَ سَلُّ الْبَيْضَتَيْنِ ، وَالْوَجَاءُ ؛ وَهُوَ رُضُّهُمَا ، وَفِي كَوْنِهِ خُتْنٌ ، وَفِيمَا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْنًا بِهِ مِثْلُهُ ، أَوْ حَدَّثَ بِهِ الْعَيْبُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، هَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ مُنْجَى » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « تَجْرِيدِ الْعِنَايَةِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الزَّرْكَشِيِّ » . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، فِيمَا سِوَى الْخَصْيِ وَالسَّلِّ وَالْوَجْءِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْبُلْعَةِ » فِي الْجَمِيعِ ، إِلَّا فِيمَا إِذَا حَدَّثَ بِهِ عَيْبٌ بَعْدَ الْعَقْدِ . وَأُطْلِقَ فِي « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » الْخِلَافَ فِيمَا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْنًا بِهِ مِثْلُهُ .^(٢) وَأُطْلِقَ فِي « الْمَذْهَبِ » الْخِلَافَ فِي الْخَصْيِ ، وَالسَّلِّ ، وَالْوَجْءِ ، وَإِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْنًا بِهِ مِثْلُهُ^(٣) ؛ أَحَدُهُمَا ، يَثْبُتُ الْخِيَارُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « التَّصْحِيحِ » ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ

(١) فِي م : « ثُمَّ » .

(٢-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الشرح الكبير

لأنه لا يَفْتَرُ^(١) بإنزالِ الماءِ . والخُنْثَى فيه خِلْقَةٌ زائِدَةٌ لا تَمْنَعُهُ الْجِمَاعُ ،
أَشْبَهَ الْيَدَ الزَّائِدَةَ ، وإذا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْنًا به مثله ، فلا خِيَارَ ؛
لأنَّهما مُتَسَاوِيَانِ ، فلا مَزِيَّةَ لأحدهما على صاحبه . والوجهُ الثاني ، له
الخِيَارُ . وقال أبو بكرٍ ، وأبو حفصٍ : إذا كان أَحَدُهُمَا لَا يَسْتَمْسِكُ بَوْلُهُ
ولا خَلَاهُ ، فَلَا خَيْرَ الْخِيَارُ . وَيَخْرُجُ على ذلك مَنْ به الْبَاسُورُ ،
(٢) وَالنَّاصُورُ^(٣) ، والقُرُوحُ السَّيَّالَةُ في الْفَرْجِ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لأنها
تُشِيرُ نَفَرَةً^(٤) ، وَتَعْدَى نَجَاسَتَهَا ، وَتُسَمَّى مَنْ لَا تَحِيْسُ نَجْوَاهَا
الشَّرِيمَ^(٥) ، وَمَنْ لَا تَحِيْسُ بَوْلُهَا الْمَاشُولَةُ^(٦) ، ومثلها مِنَ الرِّجَالِ
الْأَمْتَنُ^(٧) . وقال أبو حَفْصٍ : وَالْخِصَاءُ عَيْبٌ يُرَدُّ به . وهو أَحَدُ قَوْلِي

الْقَيْمِ . وصَحَّحَهُ في « النَّظْمِ » فيما إذا حَدَثَ الْعَيْبُ بَعْدَ الْعَقْدِ . واختاره ابنُ
عَبْدُوسٍ في « تَذَكُّرَتِهِ » في غيرِ ما إذا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْنًا به مثله ، أو حَدَثَ
الْعَيْبُ بَعْدَ الْعَقْدِ . واختاره أبو الْبَقَاءِ في الْجَمِيعِ . وزاد ، وكلُّ عَيْبٍ يُرَدُّ به الْمَبِيعُ .
قال الزَّرْكَشِيُّ : وهو غَرِيبٌ . وقال أبو بَكْرٍ ، وأبو حَفْصٍ : يَثْبُتُ الْخِيَارُ فيما إذا
كان أَحَدُهُمَا لَا يَسْتَمْسِكُ بَوْلُهُ ولا نَجْوَاهُ . قال أبو الْخَطَّابِ : فَيُخْرَجُ على ذلك مَنْ
به بَاسُورٌ ، وَنَاصُورٌ ، وقُرُوحٌ سَيَّالَةٌ في الْفَرْجِ . قال أبو حَفْصٍ : وَالْخِصَاءُ عَيْبٌ
يُرَدُّ به . وقال أيضًا أبو بَكْرٍ ، وابنُ حَامِدٍ : يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِالْبَخْرِ . وقال في « الْمُسْتَوْعِبِ » :

(١) في م : « يعتبر » .

(٢-٣) سقط من : م .

(٣) في م : « نفرة » .

(٤) في الأصل : « السديم » ، غير منقوطة ، والمثبت كما في المطبوعة والمغنى ، ولم نهدإ إليها .

(٥) في الأصل : « المأسوكة » . وفي المغنى ٥٩/١٠ : « المشولة » .

(٦) في م : « الأفين » . وانظر المخصص ٣٥/٢ .

الشافعي ؛ لأن فيه نقصاً وعاراً ، ويمنع الوطاء أو يضعفه . وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار ، أن « ابن سندر » تزوج امرأة وهو خصي ، فقال له [١٤٢/٦] عمر : أعلمتها ؟ قال : لا . قال : أعلمها ، ثم خيرها^(٢) . وفي البحر وكون أحد الزوجين خنثى غير مشكل وجهان ؛ أحدهما ، يثبت الخيار ؛ لأن فيه نفرة ونقصاً وعاراً . والبحر : تنن الفم^(٣) . وقال ابن حامد : تنن في الفرج يثور عند الوطاء . وهذا إن أراد به أنه يُسمى بخراً و^(٤) يثبت الخيار ، وإلا فلا معنى له ، فإن تنن الفم يُسمى بخراً ، ويمنع مقارنة^(٥) صاحبه إلا على كره . وما عدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار ، وجهها واحداً ؛ كالقرع ، والعمى ،

إذا وجد أحد الزوجين خنثى ، فله الخيار في أظهر الوجهين . واختار القاضي في « تعليقه الجديد » ، قاله الزركشي ، و « المجرد » ، قاله الناظم ، والشريف ، وأبو الخطاب في « خلافيهما » ، والشيرازي ، والمصنف ، والشارح ، ثبوت الخيار فيما إذا حدث العيب بعد العقد . وهو ظاهر كلام [٣٤٤/٣] الخرقى فيه . وقدم في « الرعايتين » ، ثبوت الخيار بالخصي والسل والوجع . وصحح في « المذهب » ثبوت الخيار في البحر ، واستطلاق البول ، والنجو ، والناسور ، والباسور ، والقروح السيالة في الفرج ، والخنثى المشكل ، وحدث هذه

(١ - ١) في م : « ابن سند » .

(٢) وأخرجه بنحوه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ٤٠٦/٤ . ولم يذكر اسمه .

(٣) سقط من : م .

(٤) في الأصل : « أو » .

(٥) في م : « مقارنة » .

والعَرَج ، وَقَطَعَ الْيَدَيْنِ وَالرُّجْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الِاسْتِمْتَاعَ ، وَلَا يُخْشَى تَعَدُّيه . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا ، إِلَّا أَنَّ الْحَسَنَ قَالَ : إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا ^(١) الْآخَرَ عَقِيمًا يُخَيَّرُ . وَأَحَبُّ أَحْمَدُ أَنْ يُبَيِّنَ أَمْرَهُ ، وَقَالَ : عَسَى أَمْرُهَا أَنْ تُرِيدَ الْوَلَدَ . وَهَذَا فِي ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ ، فَأَمَّا الْفَسْخُ فَلَا يَثْبُتُ بِهِ ، وَلَوْ ثَبَتَ لَذَلِكَ لَثَبَتَ فِي الْآيَةِ ، وَلَأنَّ ذَلِكَ ^(٢) لَا يُعْلَمُ ، فَإِنْ رَجَا لَا ^(٣) يُؤَلَّدُ لِأَحَدِهِمْ وَهُوَ شَابٌّ ، ثُمَّ يُؤَلَّدُ لَهُ وَهُوَ شَيْخٌ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ

الْعُيُوبِ بَعْدَ الْعَقْدِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِذَلِكَ كُلَّهُ . وَهُوَ مَفْهُومُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْعُيُوبَ الَّتِي يَثْبُتُ بِهَا الْخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ ، وَلَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ . وَقَدَّمَ ابْنُ رَزِينٍ فِي « شَرْحِهِ » غَيْرَ مَا تَقَدَّمَ إِطْلَاقَهُ . وَإِلَيْهِ مِثْلُ الْمُصَنِّفِ ، وَالشَّارِحِ ، فِي غَيْرِ حُدُوثِ الْعَيْبِ بَعْدَ الْعَقْدِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَبِي حَفْصٍ ، أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِالْبَحْرِ مَعَ كَوْنِهِ عَيِّبًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » : لَوْ حَدَّثَ بِهِ عَيْبٌ بَعْدَ الْعَقْدِ ، لَا يَمْلِكُ بِهِ الْفَسْخُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ ، وَهُوَ مُنَاقِضٌ لِمَا تَقَدَّمَ عَنْهُ فِيهِ ، وَاخْتَارَهُ أَيْضًا فِي « التَّعْلِيقِ الْقَدِيمِ » . وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الْخِلَافِ » ، وَابْنُ حَامِدٍ ، وَابْنُ الْبَنَّا . وَصَحَّحَهُ فِي « الْبُلْغَةِ » . وَقَدَّمَهُ فِي « النَّظْمِ » .

تَسْهِاتٌ ؛ أَحَدُهَا ، قَوْلُهُ فِي الْبَحْرِ : وَهُوَ نَقْنُ الْفَمِ . هُوَ الصَّحِيحُ . قَالَ ابْنُ مُنَجَّى : هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَاخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ، وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الْبُلْغَةِ » ،

(١) زيادة من : م .

(٢) في م : ضده .

(٣) سقط من : الأصل .

منهما . وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسح عندهم . والله أعلم . وأما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ، ففيه وجه أنه يثبت الخيار ، لوجود

و « الشرح » ، و « الرعايتين » . وقال ابن حامد : نثن في الفرج يثور عند الوطء . قال المصنف ، والشارح : إن أراد أنه يسمى بخراً ويثبت به الخيار ، وإلا فلا معنى له ؛ لأن نثن الفم يمنع مقارنة صاحبه إلا على كره . وقال في « الفروع » : البحر يشملهما . وقال في « المحرر » ، و « النظم » ، و « الحاوي الصغير » ، و « الفروع » ، وغيرهم : في كل منهما وجهان في ثبوت الخيار به . وجزم ابن عبدوس في « تذكرته » بثبوت الخيار بهما . وقال في « المستوعب » ، بعد أن ذكر الخلاف بين أبي بكر ، وابن حامد : وعلى قول أبي بكر ، وابن حامد ، يثبت الخيار . وظاهر كلام الخريقي ، وأبي حفص أنه عيب لا يثبت به خيار .

الثاني ، ظاهر قوله : وفي كونه ختنى . أنه سواء كان مشكلاً ، وقُلنا : يجوز نكاحه . أو غير مشكل . وهو ظاهر ما قدمه في « الفروع » ، وقال : قاله جماعة . وجزم به في « المستوعب » ، و « تذكرته » ابن عبدوس . وقال في « الفروع » : وخصه في « المعنى » بالمشكل ، وفي « الرعاية » عكسه . قلت : ظاهر كلامه في « المعنى » يخالف ما قال ؛ فإنه قال : وفي البحر ، وكون أحد الزوجين ختنى ، وجهان . وأطلق الختنى . وقال في « الرعايتين » : وبكون أحدهما ختنى غير مشكل أو مشكلاً ، وصح نكاحه في وجه . انتهى .^(١) فما نقله المصنف عنهما مخالف لما هو موجود في « كتابيهما » . والله أعلم . وقال في « المحرر » ، و « الوجيز » ، و « الحاوي الصغير » : وكون أحدهما ختنى غير^(٢)

سَبِيهِ ، كَمَا لَوْ غُرَّ عَبْدٌ بِأَمَةٍ ، وَلَأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَأْنِفُ مِنْ عَيْبٍ غَيْرِهِ ، وَلَا

(١) مُشْكِلٌ . فَخَصَّوْا الْخُتْنَى بِكَوْنِهِ غَيْرَ مُشْكِلٍ ، وَخَصَّهُ فِي « الْمُنْهَبِ » بِكَوْنِهِ مُشْكِلًا^(٢) .

الثَّالِثُ ، كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ حَكَمُوا الْخِلَافَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ وَجْهَيْنِ . وَحَكَى ابْنُ عَقِيلٍ فِي الْبَحْرِ رَوَاتَيْنِ . وَحَكَى فِي « التَّرْغِيبِ » ، وَ « الْبُلْعَةِ » ، فِيمَا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيِّبًا بِهِ مِثْلُهُ ، رَوَاتَيْنِ .

الرَّابِعُ ، ظَاهِرُ كَلَامِ الْمُصَنِّفِ ، أَنَّ مَا عَدَا مَا ذَكَرَهُ لَا يُثْبِتُ بِهِ خِيَارٌ . وَكَذَا قَالَ الشَّارِحُ ، وَالزَّرْكَشِيُّ . وَأُطْلِقَ فِي « الْفُرُوعِ » ، فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ بِالِاسْتِحْصَاةِ ، وَالْقَرَعِ فِي الرَّأْسِ ، إِذَا كَانَ لَهُ رِيحٌ مُنْكَرَةٌ ، الْوَجْهَيْنِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي الْاسْتِحْصَاةِ فِي « الرَّعَاتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : يُثْبِتُ بِالِاسْتِحْصَاةِ الْفَسْخُ ، فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ . قُلْتُ : الصَّوَابُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ بِذَلِكَ . وَالْحَقُّ ابْنُ رَجَبٍ بِالْقَرَعِ . رَوَاتُحَ الْإِبْطِ الْمُنْكَرَةِ الَّتِي تَثُورُ عِنْدَ الْجِمَاعِ . وَأَجْرَى فِي « الْمَوْجِزِ » الْخِلَافَ فِي بَوْلِ الْكَبِيرِ فِي الْفِرَاشِ . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ فِي « الْفُصُولِ » ثُبُوتَ الْخِيَارِ بِنِصْوَةِ الْخَلْقِ كَالرَّتْقِ . وَاخْتَارَ ابْنُ حَمْدَانَ ثُبُوتَ الْخِيَارِ فِيمَا إِذَا كَانَ الذَّكَرُ كَبِيرًا وَالْفَرْجُ صَغِيرًا . وَعَنْ أَبِي الْبَقَاءِ الْعُكْبَرِيِّ ، ثُبُوتُ الْخِيَارِ بِكُلِّ عَيْبٍ يَرُدُّ بِهِ الْمَبِيعُ ، كَمَا تَقَدَّمَ قَرِيبًا . وَقَالَ أَبُو الْبَقَاءِ أَيْضًا : لَوْ ذَهَبَ ذَاهِبٌ إِلَى أَنَّ الشَّيْخُوخَةَ فِي أَحَدِهِمَا يُفْسَخُ بِهِ ، لَمْ يَنْعُدْ . وَقَالَ ابْنُ الْقَيِّمِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي « الْهَدْيِ » ، فِي مَنْ بِهِ عَيْبٌ ؛ كَقَطْعِ يَدٍ أَوْ رِجْلٍ ، أَوْ عَمَى ، أَوْ خَرَسٍ ، أَوْ طَرَشٍ : وَكُلُّ عَيْبٍ يَنْفِرُ^(٢) الزَّوْجَ الْآخَرَ مِنْهُ ، وَلَا يَخْصُلُ بِهِ مَقْصُودُ النِّكَاحِ مِنْ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في النسخ : « يفر » . وانظر زاد المعاد ، لابن القيم ١٨٣/٥ .

الشرح الكبير يَأْنَفُ مِنْ عَيْبِ نَفْسِهِ .

فصل : وَأَمَّا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْبًا ، ^(١) «وَبِهِ» عَيْبٌ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَالْأَبْرَصِ يَجِدُ الْمَرْأَةَ مَجْنُونَةً أَوْ مَجْدُومَةً ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ ؛ لَوْجُودِ سَبَبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَجِدَ الْمَجْذُوبُ ^(٢) الْمَرْأَةَ رَتْقَاءً ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ لَهَا ^(٣) خِيَارٌ ؛ لِأَنَّ عَيْبَهُ لَيْسَ هُوَ الْمَانِعُ لَصَاحِبِهِ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ لَعَيْبِ نَفْسِهِ .

الإِنصَافُ

الْمَوَدَّةُ وَالرَّحْمَةُ ، يُوجِبُ الْخِيَارَ ، وَإِنَّهُ أَوَّلَى مِنَ الْبَيْعِ ، وَإِنَّمَا يَنْصَرِفُ الْإِطْلَاقُ إِلَى السَّلَامَةِ ، فَهُوَ كَالْمَشْرُوطِ عُرفًا ^(٤) . انتهى . قلتُ : وما هو ببيعُهُ ، وفي مَعْنَاهُ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ فِي كَلَامِهِ مَنْ عُرِفَ بِالسَّرْقَةِ . وَنَقَلَ ابْنُ مَنْصُورٍ ، إِذَا كَانَ عَقِيمًا ، أَعْجَبُ إِلَى أَنْ يُبَيِّنَ لَهَا . وَنَقَلَ حَنْبَلٌ ، إِذَا كَانَ بِهِ جُنُونٌ أَوْ سُوَاسٌ ، أَوْ تَغَيَّرَ فِي عَقْلِهِ ، وَكَانَ يَبْغُ وَيُؤْذِي ، رَأَيْتُ أَنْ أَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، وَلَا يُقِيمُ عَلَى هَذَا .

الخَامِسُ ، مَفْهُومُ قَوْلِهِ : وَإِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْبًا بِهِ مِثْلُهُ . أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْبًا بِهِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، ثَبَتَ بِهِ الْخِيَارُ . وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي «الْبُلْغَةِ» ، وَ«الْفُرُوعِ» : وَالْأَصَحُّ ثُبُوتُهُ إِنْ تَغَايَرَتْ . وَلَمْ يَسْتَنْ شَيْئًا . وَيُسْتَنْنِي مِنْ ذَلِكَ ، إِذَا وَجَدَ الْمَجْذُوبُ الْمَرْأَةَ رَتْقَاءً . قَالَ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ : فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَثْبُتَ لَهَا الْخِيَارُ . وَقِيلَ : جُكِّمُهُ كَالْمُمَاطِلِ . وَقَدَّمَهُ فِي «الْفُرُوعِ» .

(١ - ١) سقطت الواو من النسختين .

(٢) في الأصل : «المجنون» .

(٣) في م : «لها» .

(٤) في ط : «غيره» .

وإن عِلِمَ بِالْعَيْبِ وَقْتَ الْعَقْدِ ، أَوْ قَالَ : قَدْ رَضِيَتْ بِهِ مَعِيًّا . أَوْ
وَجِدَ مِنْهُ دَلَالَةٌ تَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ؛ مِنْ وَطْءٍ أَوْ تَمْكِينٍ مَعَ الْعِلْمِ

الشرح الكبير

فصل : وإن حَدَّثَ ^(١) الْعَيْبُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يُثْبِتُ الْخِيَارَ . وهو ظاهرُ قولِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : فَإِنْ جُبَّ قَبْلَ
الدُّخُولِ ، فَلَهَا الْخِيَارُ فِي وَقْتِهَا . لِأَنَّهُ عَيْبٌ فِي النِّكَاحِ يُثْبِتُ الْخِيَارَ مُقَارِنًا ،
فَأَثْبَتَهُ طَارِئًا ^(٢) ، كَالِإِغْسَارِ وَالرَّقِّ ، فَإِنَّهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ إِذَا قَارَنَ ، مِثْلَ أَنْ
تُعْرَى الْأُمَةُ مِنْ عَبْدٍ ، وَيُثْبِتُهُ إِذَا طَرَأَتِ الْحُرِّيَّةُ ، إِذَا عَتَقَتِ الْأُمَةُ تَحْتَ الْعَبْدِ ،
وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ ، فَحُدُوثُ الْعَيْبِ بِهَا يُثْبِتُ الْخِيَارَ ، كَالِإِجَارَةِ .
وَالثَّانِي ، لَا يُثْبِتُ الْخِيَارَ . وهو قولُ أَبِي بَكْرٍ ، وَابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ
مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ حَدَثَ بِالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ ، أَشْبَهَ الْحَادِثَ
بِالْمَبْعُوعِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وَهَذَا يَنْتَقِضُ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ فِي الْإِجَارَةِ .
وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ حَدَثَ بِالزَّوْجِ أَثْبَتَ الْخِيَارَ ، وَإِنْ حَدَثَ
بِالْمَرْأَةِ ، فَكَذَلِكَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَلَا يُثْبِتُهُ فِي الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ يُمَكِّنُهُ
طَلَاقُهَا ، بِخِلَافِ الْمَرْأَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِيمَا إِذَا كَانَ الْعَيْبُ سَابِقًا ،
فَتَسَاوَيَا فِيهِ لِاحِقًا ، كَالْمُتَبَايَعَيْنِ .

٣٢٠٤ - مسألة : (وإن عِلِمَ بِالْعَيْبِ [١٤٢/٦ ظ] وَقْتَ الْعَقْدِ ، أَوْ
قَالَ : قَدْ رَضِيَتْ بِهِ مَعِيًّا) بَعْدَ الْعَقْدِ (أَوْ وَجِدَ مِنْهُ دَلَالَةٌ عَلَى الرِّضَا ؛

قوله : وإن عِلِمَ [٣٥/٣ و] بِالْعَيْبِ وَقْتَ الْعَقْدِ ، أَوْ قَالَ : قَدْ رَضِيَتْ بِهِ مَعِيًّا . الإِنصَافُ

(١) فِي الْأَصْلِ : وَجَدَ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

مِنْ وَطْءٍ أَوْ تَمَكُّينَ مَعَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ (لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مُشْتَرَى الْمَعِيبِ . وَإِنْ ظَنَّ الْعَيْبَ يَسِيرًا فَبَانَ كَثِيرًا ، كَمَنْ ظَنَّ الْبَرَصَ فِي قَلِيلٍ مِنْ جَسَدِهَا فَبَانَ فِي كَثِيرٍ مِنْهُ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جَنْسٍ مَا رَضِيَ بِهِ . وَإِنْ رَضِيَ بِعَيْبٍ فَبَانَ بِهِ ^(١) غَيْرُهُ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ بِهِ ^(٢) عَيْبًا لَمْ يَرْضَ بِهِ وَلَا بِجَنْبِهِ ، فَيُثْبِتُ لَهُ الْخِيَارُ ، كَالْمَبِيعِ إِذَا رَضِيَ بِعَيْبٍ فِيهِ فَوَجَدَ بِهِ غَيْرَهُ . وَإِنْ رَضِيَ بِعَيْبٍ فَرَادَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، كَأَنْ كَانَ قَلِيلٌ مِنَ الْبَرَصِ فَانْبَسَطَ فِي جِلْدِهَا ^(٣) ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ رِضَاهُ بِهِ رِضًا بِمَا يَحْدُثُ مِنْهُ .

فصل : وَخِيَارُ الْعَيْبِ ثَابِتٌ عَلَى التَّرَاخِي ، لَا يَسْقُطُ ، مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا بِهِ ، مِنَ الْقَوْلِ ، أَوْ الِاسْتِمْتَاعِ بِهِ مِنَ الزَّوْجِ ، أَوْ التَّمَكُّينِ مِنَ الْمَرَاةِ . هَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِهِ : فَإِنْ عَلِمَتْ أَنَّهُ

أَوْ وَجَدَ مِنْهُ دَلَالَةً عَلَى الرِّضَا ؛ مِنْ وَطْءٍ ، أَوْ تَمَكُّينٍ ، مَعَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ . بَلَا خِلَافٍ فِي الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ ، أَوْ الرِّضَا بِهِ ، وَأَمَّا التَّمَكُّينُ ، فَيَأْتِي .

فائدة : خِيَارُ الْعُيُوبِ عَلَى التَّرَاخِي . عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَالْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ ، وَالْمَجْدُ ، وَابْنُ عَبْدِوَسٍّ ، وَغَيْرُهُمْ . قَالَ فِي « الْبُلْغَةِ » : هَذَا أَظْهَرُ الْوُجْهِينَ . قَالَ النَّاطِمُ :

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « بها » .

(٣) في الأصل : « جلده » .

عَيْنٍ ، فَسَكَتَتْ عَنْ الْمُطَالَبَةِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ بَعْدُ ، فَلَهَا ذَلِكَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَمَتَى أُخِّرَ الْفَسْخُ مَعَ الْعِلْمِ وَالْإِمْكَانِ ، بَطُلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ خِيَارُ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ، كَرَدِّ الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ لِلدَّفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فَكَانَ عَلَى التَّرَاخِي ، كَخِيَارِ الْقَصَاصِ ، وَخِيَارِ الْعَيْبِ فِي الْمَبِيعِ مَمْنُوعٌ ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ ضَرَرَهُ فِي الْمَبِيعِ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ الْمَقْصُودُ مَالِيَّتَهُ أَوْ خِدْمَتَهُ ، وَيَحْصُلُ ذَلِكَ مَعَ عَيْبِهِ ، وَهَهُنَا الْمَقْصُودُ الِاسْتِمْتَاعُ ، وَذَلِكَ يَفُوتُ بِعَيْبِهِ^(١) . وَأَمَّا خِيَارُ الشُّفْعَةِ وَالْمَجْلِسِ ، فَهُوَ لِلدَّفْعِ ضَرَرٍ غَيْرٍ مُتَحَقِّقٍ .

هَذَا أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « التَّخْلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : هُوَ عَلَى الْفَوْرِ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْمُجَرَّدِ » ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، وَابْنُ الْبَنَّا فِي « الْخِصَالِ » . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُطَالَبَةَ بِحَقِّ الْفَسْخِ تَكُونُ عَلَى الْفَوْرِ ، فَمَتَى أُخِّرَ مَا لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِهِ ، بَطُلَ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ عَلَى الْفَوْرِ . فَعَلَى الْمَذْهَبِ ، لَا يَبْطُلُ الْخِيَارُ إِلَّا بِمَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ؛ مِنْ الْوَطْءِ ، وَالتَّمْكِينِ^(٢) مَعَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ^(٣) ، أَوْ يَأْتِي بِصَرِيحِ الرِّضَا . قَالَ الزُّرْكَانِيُّ . وَجَزَمَ بِهِ الْمُصَنِّفُ هُنَا ، وَغَيْرُهُ . وَقَالَ الْمَجْدُ : لَا يَسْقُطُ خِيَارُ الْعِنَةِ إِلَّا بِالْقَوْلِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِالتَّمْكِينِ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ وَنَحْوِهِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي

(١) فِي م : « بَعْتَهُ » .

(٢ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

المقنع وَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ ،

الشرح الكبير

٣٢٠٥ - مسألة : (وَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ) لَأَنَّهُ مُجْتَهِدٌ فِيهِ ، فَهُوَ كَفَسْخِ الْعِنَّةِ ، وَالْفَسْخِ لِلْإِغْسَارِ ^(١) بِالنَّفَقَةِ . وَيُخَالِفُ خِيَارَ الْمُعْتَقَةِ ؛ لَأَنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ .

الإيضاح

« الْوَجِيز » ، و « الْفُرُوع » ، و « الرَّعَائِثِينَ » ، و « الْحَاوِي الصَّغِير » ، و « النَّظْم » . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : لم نجدْ هذه التَّفْرِقَةَ لغيرِ الْجَدِّ .

قوله : وَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحُكْمٍ حَاكِمٍ . فيفسخ بنفسه ، أو يرُدُّه إلى مَنْ له الْخِيَارُ . على الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الرَّعَايَةِ » ، وَغَيْرِهَا . وَقَدَّمَهُ فِي « الْفُرُوعِ » . وقال في « الْمُوجِزِ » : يَتَوَلَّاهُ الْحَاكِمُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ليس هو الْفَاسِخُ ، وَإِنَّمَا يَأْذُنُ وَيَحْكُمُ بِهِ ، فَمَتَى أَذِنَ أَوْ حَكَمَ لِأَحَدٍ بِاسْتِحْقَاقِ عَقْدٍ أَوْ فَسْخٍ ، فَعَقَدَ أَوْ فَسَخَ ، لم يَحْتَجْ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى حُكْمٍ بِصِحَّتِهِ ، بَلَا نِزَاعٍ ، لَكِنْ لو عَقَدَ هُوَ أَوْ فَسَخَ ، فَهُوَ فَعَلَهُ ، فِيهِ الْخِلَافُ . وَإِنْ عَقَدَ الْمُسْتَحِقُّ أَوْ فَسَخَ بِلَا حُكْمٍ ، فَأَمْرٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، فَيُحْكَمُ بِصِحَّتِهِ . وَخَرَجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، جَوَازَ الْفَسْخِ بِلَا حُكْمٍ فِي الرِّضَا بِعَاجِزٍ عَنِ الْوُطْءِ ، كَعَاجِزٍ عَنِ النَّفَقَةِ . قال في « الْقَاعِدَةِ الثَّالِثَةِ وَالسَّيْنِ » : وَرَجَّحَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أَنَّ جَمِيعَ الْفُسُوخِ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى حُكْمٍ حَاكِمٍ .

فائدة : لو فسخ ، مع غَيْبَتِهِ ، ففى « الْإِتِّصَارِ » ، الصَّحَّةُ وَعَدْمُهَا . وقال في « التَّرْغِيبِ » : لَا يُطْلَقُ عَلَى عَيْنَيْنِ كَمُولٍ ، فِي أَصْحَ الرُّوَايَتَيْنِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِلْإِغْسَارِ » .

فَإِنْ فُسِّخَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ فُسِّخَ بَعْدَهُ ، فَلَهَا الْمَهْرُ الْمَقْنَعُ الْمُسَمَّى . وَقِيلَ عَنْهُ : مَهْرُ الْمِثْلِ .

٣٢٠٦ - مسألة : (فَإِنْ فُسِّخَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ فُسِّخَ بَعْدَهُ ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ الْمُسَمَّى . وَقِيلَ) : عَلَيْهِ (مَهْرُ الْمِثْلِ) أَمَّا إِذَا فُسِّخَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ مِنَ الْمَرَأَةِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْفُسْخَ إِنْ كَانَ مِنْهَا ^(١) ، فَالْفُرْقَةُ مِنْ جِهَتِهَا ، فَيَسْقُطُ مَهْرُهَا ، كَمَا لَوْ فُسِّخَتْ بَرِّضَاعٍ زَوْجَةً لَهُ أُخْرَى ، وَإِنْ كَانَ مِنْهُ ، فَإِنَّمَا فُسِّخَ لِعَيْبٍ بِهَا دَلَّسَتْهُ بِالْإِخْفَاءِ ، فَصَارَ الْفُسْخُ كَأَنَّهُ مِنْهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا جَعَلْتُمْ فُسْخَهَا لِعَيْبَتِهِ كَأَنَّهُ مِنْهُ ؛ لِحُصُولِهِ بِتَدْلِيلِهِ ؟ قُلْنَا : الْعَوَضُ مِنَ الزَّوْجِ فِي مُقَابَلَةِ مَنَافِعِهَا ، فَإِذَا اخْتَارَتْ فُسْخَ الْعَقْدِ مَعَ سَلَامَةٍ مَا عَقَدَ عَلَيْهِ ، رَجَعَ الْعَوَضُ إِلَى الْعَاقِدِ مَعَهَا ، وَلَيْسَ مِنْ جِهَتِهَا عَوَضٌ فِي مُقَابَلَةِ مَنَافِعِ الزَّوْجِ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ ^(٢) لِأَجْلِ ضَرْرٍ يَلْحَقُهَا ، لَا لِتَعَذُّرٍ مَا اسْتَحَقَّتْ عَلَيْهِ فِي مُقَابَلَتِهِ عَوَضًا ، فَافْتَرَقَا .

قوله : فَإِنْ فُسِّخَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ فُسِّخَ بَعْدَهُ ، فَلَهَا الْمَهْرُ الْمُسَمَّى . هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ . جَزَمَ بِهِ فِي « الْوَجِيزِ » وَغَيْرِهِ . وَنَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ ، وَالشَّارِحُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمَعْنَى » ، وَ« الْمُحَرَّرِ » ، وَ« الشَّرْحِ » ، وَ« الْخُلَاصَةِ » ، وَ« الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ« النَّظْمِ » ، وَ« الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ، وَ« الْفُرُوعِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ عَنْهُ : مَهْرُ الْمِثْلِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْهِدَايَةِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

فصل : وإن كان الفسخ بعد الدخول ، فلها المهر ؛ لأنه يجب بالعقد ، ويستقر [١٤٣/٦] بالدخول ، فلم يسقط بحادث بعده ، ولذلك لا يسقط بردّها ولا بفسخ من جهتها . ويجب المهر المسمى . وذكر القاضى فى « المجرد » فيه روايتين ؛ إحداهما ، يجب المسمى . والأخرى ، مهر المثل ، بناءً على الروايتين فى العقد الفاسد . وقال الشافعى : الواجب مهر المثل ؛ لأن الفسخ استند إلى العقد ، « فصار كالعقد » الفاسد . ولنا ، أنها فرقة بعد الدخول فى نكاح صحيح فيه « مسمى صحيح » ، فوجب المسمى ، كغير المعيبة ، وكالمعتقة تحت

و « المذهب » ، و « المستوعب » . وبني القاضى فى « المجرد » ، وابن عقيل فى « الفصول » ، هاتين الروايتين على النكاح الفاسد ، هل الواجب فيه المسمى ، أو مهر المثل ؟ على ما يأتى فى آخر الصداق . وقيل : يجب مهر المثل فى فسخ النكاح بشرط أو عيب قديم ، لا بما إذا حدث العيب بعد العقد . قلت : وهو قوى . وقيد المجذبة رواية بهذا . وقيل : فى فسخ الزوج بعيب قديم ، أو بشرط ، ينسب قدر نقص مهر المثل ، لأجل ذلك إلى مهر المثل كاملاً ، فيسقط من المسمى ينسبته ، فسخ أو أمضى . وقاسه القاضى فى « الخلاف » على المبيع المعيب . وحكاه ابن شاقلاً فى بعض تعاليقه عن أبى بكر . واختاره ابن عقيل ، ويحتمله كلام الشيرازى ، ورجحه الشيخ تقي الدين . قلت : وفيه قوة . وقال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله أيضاً : وكذلك إن ظهر الزوج معيباً ، فللزوجة الرجوع عليه بنقص مهر المثل . وكذا فى قوات

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ . وَعَنْهُ ، لَا يَرْجِعُ .

الشرح الكبير

عَبْدٍ . والدليل على أَنَّ النِّكَاحَ صَحِيحٌ ، أَنَّهُ وَجَدَ بِشُرُوطِهِ وَأَرْكَانِهِ ، فَكَانَ صَحِيحًا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَفْسَخْهُ ، وَلَأنَّهُ لَوْ لَمْ يَفْسَخْهُ لَكَانَ صَحِيحًا ، فَكَذَلِكَ إِذَا فُسِّخَ ، كِنِكَاحِ الْأُمَةِ إِذَا عَتَقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ ، وَلَأنَّهُ تَرْتَبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ الصَّحَّةِ مِنْ ثُبُوتِ الْإِحْصَانِ وَالْإِبَاحَةِ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، وَسَائِرِ أَحْكَامِ الصَّحِيحِ ، وَلَأنَّهُ لَوْ كَانَ فَاسِدًا لَمَا جَازَ إِبْقَاؤُهُ وَتَعَيَّنَ فُسْخُهُ . وَمَا ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الْفَسْخَ يَثْبُتُ حُكْمُهُ مِنْ حِينِهِ ، غَيْرَ سَابِقٍ عَلَيْهِ ، وَمَا وَقَعَ عَلَى صِفَةٍ يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ واقِعًا عَلَى غَيْرِهَا . وَكَذَلِكَ لَوْ فُسِّخَ الْبَيْعُ بَعِيْبٍ ، لَمْ يَصِرِ الْعَقْدُ فَاسِدًا ، وَلَا يَكُونُ النَّمَاءُ لَغَيْرِ الْمُشْتَرَى ، وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ أُمَةً فَوَطَّئَهَا ، لَمْ يَجِبْ بِهِ مَهْرُهَا ، فَكَذَلِكَ النِّكَاحُ .

٣٢٠٧ - مسألة : (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ . وَعَنْهُ ، لَا يَرْجِعُ) الْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَرْجِعُ ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ . قَالَ شَيْخُنَا^(١) : وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَذْهَبَ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ ؛ فَإِنَّ أَحْمَدَ قَالَ : كُنْتُ أَذْهَبُ إِلَى قَوْلِ

شَرْطُهَا . قَالَ ابْنُ رَجَبٍ : وَقَدْ ذَكَرَ الْأَصْحَابُ مِثْلَهُ فِي الْعَيْنِ فِي الْبَيْعِ ، فِي بَابِ الشُّفْعَةِ .

فائدة : الْخُلُوةُ هُنَا ، كَالْخُلُوةِ فِي النِّكَاحِ الَّذِي لَا خِيَارَ فِيهِ .
قوله : وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ . هَذَا الْمَذْهَبُ ، وَعَلَيْهِ جَمَاهِيرُ

(١) في : المغنى ١٠/٦٤ .

الشرح الكبير
 علىٰ فِهْرَتِهِ ، فَمِلْتُ إِلَى قولِ عَمَرَ : إِذَا تَزَوَّجَهَا ، فَرَأَى جُذَامًا أَوْ بَرَصًا ،
 فَإِنْ لَهَا صَدَاقُهَا^(١) بِمَسِيئِهِ إِيَّاهَا ، وَوَلَّيْتُهَا ضَامِنٌ لِلصَّدَاقِ^(٢) . وَهَذَا يَدُلُّ
 عَلَى أَنَّهُ رَجَعَ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ . وَبِهِ قَالَ الزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ،
 وَالشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ^(٣) . وَبِهِ قَالَ أَبُو
 حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ مَا اسْتَوْفَى بَدَلَهُ ، وَهُوَ الْوَطْءُ ،
 فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ مَعِيًّا^(٤) فَأَكَلَهُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى
 مَالِكٌ ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، قَالَ : قَالَ عَمَرُ
 ابْنُ الْخَطَّابِ : أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِهَا جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ ، فَمَسَّهَا ،
 فَلَهَا صَدَاقُهَا ، وَذَلِكَ لِزَوَّجِهَا غُرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا^(٥) . وَلِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي النِّكَاحِ

الإِنصاف
 الْأَصْحَابِ . قَالَ فِي « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَايَتَيْنِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » : وَيَرْجِعُ
 عَلَى الْغَارِّ ، عَلَى الْأَصَحِّ . قَالَ الْمُصَنِّفُ فِي « الْمُعْنَى »^(٦) : وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَذْهَبَ
 رِوَايَةً وَاحِدَةً . قَالَ الشَّارِحُ : هَذَا الْمَذْهَبُ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ : هَذَا الْمَشْهُورُ
 وَالْمُخْتَارُ مِنَ الرِّوَايَتَيْنِ . وَجَزَمَ بِهِ الْخَرَقِيُّ ، وَصَاحِبُ « الْوَجِيزِ » ،
 وَ « الْمُنَوَّرِ » ، وَغَيْرُهُمْ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُحَرَّرِ » ، وَ « النَّظْمِ » ، وَ « الْحَاوِيِ »
 الصَّغِيرِ ، وَغَيْرِهِمْ . وَعَنْهُ ، لَا يَرْجِعُ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ فِي « الْخِلَافِ » ، وَهُوَ
 قَوْلُ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَدْ رَوَى عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) انظر ما تقدم في صفحة ٤٣٩ .

(٣) انظر ما تقدم في صفحة ٤٣٩ .

(٤) في م : « معينا » .

(٥) تقدم في صفحة ٤٣٩ .

(٦) ٦٤/١٠ .

الشرح الكبير

بما يثبت الخيار ، فكان المهر عليه ، كما لو غره بحرية أمة . إذا ثبت هذا ، فإن كان الولي عليم ، غرم ، وإن لم يكن عليم ، فالتعريض من المرأة ، فيرجع عليها بجميع الصداق ، وإن اختلفوا في علم الولي ، فشهدت عليه بيئة بالإقرار بالعلم ، وإلا فالقول قوله مع يمينه . وقال الزهري ، وقادة : إن علم الولي غرم ، وإلا استخلف بالله ، أنه ما علم ، ثم هو على الزوج . وقال القاضي : إن كان أبا أو جدًا ، أو ممن يجوز له أن يراها ، فالتعريض

الإنصاف

هذه الرواية . قال في رواية ابن الحكم : كنت أذهب إلى قول علي بن أبي طالب ، رضي الله عنه ، ثم هبته ، فملت إلى قول عمر ، رضي الله عنه . وأطلقهما في « الهداية » ، و « المذهب » ، و « المستوعب » .

فائدة : قوله : ويرجع بذلك على من غره من المرأة والولي . وكذلك الوكيل . وهذا المذهب . فعلى هذا ، أيهم انفرد بالتعريض^(١) ، ضمن . فلو أنكر الولي عدم [٣٥٠/٣] علمه بذلك ، ولا بيئة ، قبل قوله مع يمينه . وهو المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم . قال في « الرعايتين » ، و « الحاوي الصغير » : فإن أنكر^(٢) الغار علمه^(٣) به ، ومثله يجهله ، وحلف ، برىء . واستثنى من ذلك ، إذا كان العيب جنونا . وقيل : القول قول الزوج إلا في غيوب الفرج . وقيل : إن كان الولي ممّا يخفى عليه أمرها ، كأبعد العصبات ، فالقول قوله ، وإلا فالقول قول الزوج . اختاره القاضي ، وابن عقيل ، إلا أنه فصل بين غيوب الفرج^(٤) وغيرها ، فسوى بين الأولياء كلهم في

(١) في الأصل ، ط : « الغرور » .

(٢ - ٢) في الأصل : « الغارم عليه »

(٣) في الأصل : « الزوج » .

الشرح الكبير
 مِنْ جِهَتِهِ ، عِلْمٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ [١٤٣/٦ ط] لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرَاهَا ، كَابْنِ الْعَمِّ ، وَالْمَوْلَى ، وَعِلْمٌ ، غَرَمٌ ، وَإِنْ أَنْكَرَ وَلَمْ تَقُمْ بَيْنَهُ بِإِقْرَارِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْمَرْأَةِ بِجَمِيعِ الصَّدَاقِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، إِلَّا أَنَّهُ قَالَ : إِذَا رَدَّتِ الْمَرْأَةُ مَا أَخَذَتْ ، تَرَكَ لَهَا قَدْرَ مَا تُسْتَحَلُّ بِهِ ، لَفْلًا تَصِيرُ كَالْمَوْهُوبَةِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَقَوْلِ مَالِكٍ وَالْقَاضِي . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّ الْوَلِيَّ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ لَا يَغْرُمُ ، أَنَّ التَّغْرِيرَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَغْرَمْ ، كَمَا لَوْ كَانَ ابْنُ عَمٍّ . وَعَلَى أَنَّهُ يَرْجِعُ بِكُلِّ الصَّدَاقِ ، أَنَّهُ مَعْرُورٌ مِنْهَا ، فَرَجَعَ بِكُلِّ الصَّدَاقِ ، كَمَا لَوْ غَرَّهَ الْوَلِيُّ . وَقَوْلُهُمْ : لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ يَرَاهَا . لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ عُيُوبَ الْفَرْجِ لَا أَطْلَاعَ لَهَا عَلَيْهَا ، وَلَا يَحِلُّ لَهَا رُؤْيُهَا ، وَكَذَلِكَ الْعُيُوبُ تَحْتَ الثِّيَابِ ، فَصَارَ فِي هَذَا كَمَنْ لَا يَرَاهَا ، إِلَّا فِي الْجُنُونِ ، فَإِنَّهُ لَا يَكَادُ يَخْفَى عَلَى مَنْ يَرَاهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَائِبًا . وَأَمَّا الرَّجُوعُ بِالْمَهْرِ ، فَإِنَّهُ بِسَبَبٍ آخَرَ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ وَهَبَتْهُ لَهَا ، بِخِلَافِ الْمَوْهُوبَةِ .

فصل : فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، ثُمَّ عِلِمَ أَنَّهُ كَانَ بِهَا عَيْبٌ ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ

عُيُوبِ الْفَرْجِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا . وَأُطْلِقَهُنَّ الزَّرْكَشِيُّ . وَقَالَ فِي « الْفُرُوعِ » : وَيُقْبَلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ فِي عَدَمِ عِلْمِهِ بِالْعَيْبِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَهَا رُؤْيُهَا ، فَوَجْهَانِ . وَأَمَّا الْوَكِيلُ ، إِذَا أَنْكَرَ الْعِلْمَ بِذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، بِلَا خِلَافٍ . وَأَمَّا الْمَرْأَةُ ؛ فَإِنَّهَا تَضْمَنُ ، إِذَا غَرَّتْهُ ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ لِتَضْمِينِهَا أَنْ تَكُونَ عَاقِلَةً . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ . وَشَرَطَ مَعَ ذَلِكَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ تَيْمِيَّةٍ بُلُوغَهَا . فَعَلَى هَذَا ، حُكْمُهَا ، إِذَا ادَّعَتْ عَدَمَ الْعِلْمِ بِعَيْبِ نَفْسِهَا وَاحْتُمِلَ ذَلِكَ ، حُكْمُ الْوَلِيِّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ . قَالَ الزَّرْكَشِيُّ .

الصِّدَاقِ ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْإِتِّزَامِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ ، وَإِنْ مَاتَتْ أَوْ مَاتَ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ ، فَلَهَا الصِّدَاقُ كَامِلًا ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الرُّجُوعِ الْفُسْخُ ، وَلَمْ يُوجَدْ ، وَهُنَا اسْتَقَرَّ الصِّدَاقُ بِالْمَوْتِ ، فَلَا يَرْجِعُ بِهِ .

فصل : وَلَا سُكْنَى لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَجِبُ لِمَنْ لَزَوِجُهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ ، وَهَذِهِ تَبَيَّنُ بِالْفُسْخِ ، كَمَا تَبَيَّنُ بِالثَّلَاثِ ، وَلَيْسَ لَزَوِجُهَا عَلَيْهَا رَجْعَةٌ ، فَلَمْ تَجِبْ لَهَا نَفَقَةٌ وَلَا سُكْنَى ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ : « إِنَّمَا ^(١) النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى لِلْمَرْأَةِ إِذَا كَانَ لَزَوِجُهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٢) . وَهَذَا إِذَا كَانَتْ حَائِلًا ، فَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا بَائِنٌ مِنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهِيَ حَامِلٌ ، فَكَانَتْ لَهَا النَّفَقَةُ ،

فائدتان ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَوْ وُجِدَ التَّغْيِيرُ ^(٣) مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْوَلِيِّ ، عَلَى قَوْلِ الْقَاضِي ، وَابْنِ عَقِيلٍ ، وَالْمُصَنِّفِ ، وَغَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ الْمُبَاشِرُ . وَقَالَ الْمُصَنِّفُ ، فِيمَا إِذَا كَانَ الْغَرَرُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَكِيلِ : الضَّمَانُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ . فَيَكُونُ فِي كُلِّ مِنَ الْوَلِيِّ وَالْوَكِيلِ قَوْلَانِ . وَتَقْدَمُ نَظِيرُهَا فِي الْغَرَرِ بِالْأُمَةِ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ . الثَّانِيَةُ ، مِثْلُهَا فِي الرُّجُوعِ عَلَى الْغَارِ ، لَوْ زَوَّجَ امْرَأَةً فَأَدْخَلُوا عَلَيْهِ غَيْرَهَا ، وَيُلْحَقُ الْوَلَدُ ، وَيُجَهَّزُ زَوْجَتُهُ بِالْمَهْرِ الْأَوَّلِ . نَصٌّ عَلَى ذَلِكَ .

(١) سقط من : م .

(٢) في : باب الرخصة في ذلك ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١١٧/٦ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٣/٦ ، ٤١٧ .

(٣) في الأصل ، ط : « الغرور » .

فصل : وَلَيْسَ لَوْلَى صَغِيرَةٍ ، أَوْ مَجْنُونَةٍ ، وَلَا سَيِّدِ أُمَةٍ ، تَزْوِيجُهَا مَعِيًّا ، وَلَا لَوْلَى كَبِيرَةٍ تَزْوِيجُهَا بِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا .

كَالْمُطَلَّقةِ ثَلَاثًا وَالْمُخْتَلعةِ . وفي السُّكْنَى روايتان . وقال القاضي : لا نَفَقَةٌ لَهَا وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا بَائِنٌ مِنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ . وكذلك قال أصحابُ الشافعيِّ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وفي الْآخَرِ : لَهَا النَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمْلِ ، وَالْحَمْلُ لِأَحَقِّ بِهِ . وَبَنُوهُ عَلَى «أَنَّ النِّكَاحَ فَاسِدٌ» ، وَقَدْ بَيَّنَّا صِحَّتَهُ فِيما مَضَى .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (وَلَيْسَ لَوْلَى صَغِيرَةٍ ، وَلَا مَجْنُونَةٍ ، وَلَا سَيِّدِ أُمَةٍ ، تَزْوِيجُهَا مَعِيًّا) لِأَنَّهُ نَاطِرٌ لَهُمْ بِمَا فِيهِ الْحَظُّ ، وَلَا حَظٌّ لَهُمْ فِي هَذَا الْعَقْدِ . فَإِنْ زَوَّجَهُنَّ مَعَ الْعِلْمِ بِالْعَيْبِ ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ لَهُمْ عَقْدًا لَا يَجُوزُ عَقْدُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَقَارَهُ لغيرِ غِبْطَةٍ وَلَا حَاجَةٍ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَيْبِ ، صَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى لَهُمْ مَعِيًّا لَا يَعْلَمُ عَيْبَهُ ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْفَسْخُ إِذَا عَلِمَ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ النَّظَرَ لَهُمْ فِيما فِيهِ الْحَظُّ ، ^(١) وَالْحَظُّ ^(٢) فِي الْفَسْخِ . [١٤٤/٦] وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهُ زَوَّجَهُمْ مِنْ لَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهُمْ إِيَّاهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَهُمْ مِنْ يَحْرُمُ عَلَيْهِمْ .

٣٢٠٨ - مسألة : (وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ بِمَعِيٍّ بِغَيْرِ رِضَاهَا)

قوله : وَلَيْسَ لَوْلَى صَغِيرَةٍ ، أَوْ مَجْنُونَةٍ ، أَوْ سَيِّدِ أُمَةٍ تَزْوِيجُهَا مَعِيًّا ، وَلَا لَوْلَى

(١ - ١) فِي م : « النِّكَاحُ الْفَاسِدُ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

فَإِنْ اخْتَارَتِ الْكَبِيرَةُ [٢١٠ ط] نِكَاحَ مَجْبُوبٍ أَوْ عَيْنٍ ، لَمْ يَمْلِكِ الْمُقْتَضِعُ مَنَعَهَا ،

بغیر خلافِ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ الْفَسْخَ إِذَا عَلِمَتْ بِهِ بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَلَا مَتَنَاعُ الْوَلِيِّ .

٣٢٠٩ - مسألة : (فَإِنْ اخْتَارَتِ الْكَبِيرَةُ تَزْوِيجَ مَجْبُوبٍ أَوْ عَيْنٍ ، لَمْ يَمْلِكِ مَنَعَهَا) لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي (لَه

كَبِيرَةٌ تَزْوِيجُهَا بِهِ بَغَيْرِ رِضَاهَا . بَلَا نِزَاعَ . مِنْ حَيْثُ الْجُمْلَةُ ، لَكِنْ لَوْ خَالَفَ وَفَعَلَ ، فَثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، الصَّحَّةُ مَعَ جَهْلِهِ ^(١) بِهِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . وَقَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » ، وَ « الْفُرُوعِ » ، وَ « شَرْحِ ابْنِ رَزِينِ » . وَهُوَ ظَاهِرُ « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ، وَ « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَغَيْرِهِمْ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ مُطْلَقًا . وَهُوَ اِحْتِمَالُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَصَحَّحَهُ فِي « النَّظْمِ » . وَالثَّالِثُ ، يَصِحُّ مُطْلَقًا . فَعَلِيَ الْمَذْهَبُ ، هَلْ لَهُ الْفَسْخُ إِذَنْ ، أَوْ يَنْتَظَرُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَأُطْلِقَهُمَا فِي « الْفُرُوعِ » ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْفَسْخُ ، إِذَا عَلِمَ . قَدَّمَهُ فِي « الْمُعْنَى » ، وَ « الشَّرْحِ » . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، يَنْتَظَرُهَا . وَذَكَرَ فِي « الرَّعَايَةِ » الْخِلَافَ ، إِنَّ أَجْبَرَهَا بَغَيْرِ كُفٍّ . وَصَحَّحَهُ فِي « الْإِيضَاحِ » ، مَعَ جَهْلِهِ ، وَتُخَيَّرُ . وَذَكَرَ فِي « التَّرْغِيبِ » ، فِي تَزْوِيجِ مَجْنُونٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ بِعِثْلِهِ ، وَمَلَكَ الْوَلِيُّ الْفَسْخَ ، وَجْهَيْنِ .

قوله : فَإِنْ اخْتَارَتِ الْكَبِيرَةُ نِكَاحَ مَجْبُوبٍ ، أَوْ عَيْنٍ ، لَمْ يَمْلِكِ مَنَعَهَا . هَذَا الْمَذْهَبُ . اخْتَارَهُ الْقَاضِي وَغَيْرُهُ . وَجَزَمَ بِهِ فِي « الْهِدَايَةِ » ، وَ « الْمَذْهَبِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « جَهْلُهَا » .

مَنْعُهَا) قَالَ أَحْمَدُ : مَا يُعْجِبُنِي أَنْ يُزَوَّجَهَا بَعَيْنٍ ، وَإِنْ رَضِيَتْ السَّاعَةَ تَكَرُّهُ إِذَا أُدْخِلَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَأْنِهِنَّ النِّكَاحَ ، وَيُعْجِبُهُنَّ مِنْ ذَلِكَ مَا يُعْجِبُنَا . وَذَلِكَ لِأَنَّ الضَّرَرَ فِي هَذَا دَائِمٌ ، وَالرِّضَا غَيْرُ مَوْثُوقٍ ^(١) بِدَوَامِهِ ، وَلَا تَتِمَّكَنُ مِنَ التَّخْلُصِ إِذَا كَانَتْ عَالِمَةً فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ ، وَرَبَّمَا أَفْضَى إِلَى الشَّقَاقِ وَالْعَدَاوَةِ ، فَيَتَضَرَّرُ وَلِيُّهَا وَأَهْلُهَا ، فَمَلَكَ الْوَلِيُّ مَنْعَهَا ، كَمَا لَوْ أَرَادَتْ نِكَاحَ مَنْ لَيْسَ بِكُفٍّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ مَنْعُهَا مِنْ نِكَاحِ الْمَجْنُونِ ، وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا مِنْ نِكَاحِ الْمَجْبُوبِ وَالْعَيْنِ ؛ لِأَنَّ ضَرَرَهُمَا عَلَيْهَا خَاصَّةٌ . وَفِي الْأَبْرَصِ وَالْمَجْذُومِ ^(٢) وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَمْلِكُ مَنْعَهَا ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، وَالضَّرَرَ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَا ^(٣) الْمَجْبُوبَ وَالْعَيْنِ . وَالثَّانِي ، لَهُ مَنْعُهَا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِيهِ ، فَإِنَّهُ يُعَيَّرُ ^(٤) بِهِ ، وَيُخْشَى تَعَدِّيهِ إِلَى الْوَلَدِ ، فَأَشْبَهَ التَّزْوِيجَ بِغَيْرِ كُفٍّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالْأَوَّلَى أَنَّ لَهُ مَنْعَهَا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهَا فِيهِ ضَرَرًا دَائِمًا ، وَعَارًا عَلَيْهَا وَعَلَى أَهْلِهَا ، فَمَلَكَ مَنْعَهَا مِنْهُ ، كَالْتَّزْوِيجِ بِغَيْرِ الْكُفِّ ، فَأَمَّا إِنْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ، وَرَضِيََا بِهِ ، جَازَ ، وَصَحَّ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهُمَا . وَيُكَرَّهُ لهُمَا ذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ، مِنْ أَنَّهَا وَإِنْ رَضِيَتْ الْآنَ ، تَكَرُّهُ فِيمَا بَعْدُ .

و « الْمُسْتَوْعِبِ » ، وَ « الْخُلَاصَةِ » ، وَ « الرَّعَائِيَّتَيْنِ » ، وَ « الْحَاوِي الصَّغِيرِ » ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « مَوْثُوقٌ » .

(٢) فِي م : « الْمَجْنُونِ » .

(٣) فِي م : « أَشْبَهَ » .

(٤) فِي النِّسَخَتَيْنِ : « يَتَغَيَّرُ » . وَانْظُرْ : لِلْمَغْنَى ٦٧/١٠ .

وإن اختارت نكاح مجنونٍ ، أو مجذومٍ ، أو أبرصٍ ، فله منعها المقنع
 في أصح الوجهين ، وإن علمت العيب بعد العقد ، أو حدث به ،
 لم يملك إجبارها على الفسخ .

الشرح الكبير ؛ ويَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ سَائِرُ الْأَوْلِيَاءِ الْأَعْتِرَاضَ عَلَيْهَا وَمَنْعَهَا مِنْ هَذَا التَّزْوِيجِ ؛
 لِأَنَّ الْعَارَ يَلْحَقُ بِهِمْ ، وَيَنَالُهُمُ الضَّرَرُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ زَوَّجَهَا بِغَيْرِ كَفٍّ .

٣٢١٠ - مسألة : (فَأَمَّا إِنْ عَلِمَتْ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ حَدَثَ

و «الوجيز» ، وغيرهم . وصحَّحه في «النظم» . وقدمه في «الفروع» .
 وقيل : له منعها . قال المصنف : هذا أولى .

قوله : فَإِنْ اخْتَارَتْ نِكَاحَ مَجْنُونٍ ، أَوْ مَجْذُومٍ ، أَوْ أَبْرَصٍ ، فَلَهُ مَنْعُهَا ، فِي أَصَحِّ
 الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ الْمَذْهَبُ . قَالَ فِي «الْهِدَايَةِ» ، وَ «الْمَذْهَبِ» ، وَ «الْمُسْتَوْعِبِ» ،
 وَ «الْخُلَاصَةِ» ، وَ «الْفُرُوعِ» : فَلَهُ مَنْعُهَا ، فِي الْأَصَحِّ . قَالَ فِي «الْمُعْنَى» ،
 وَ «الشَّرْحِ» : هَذَا أَوْلَى الْوَجْهَيْنِ . (وَقَدَّمَهُ ابْنُ رَزِينٍ فِي «شَرْحِهِ» ، وَقَالَ :
 هَذَا أَظْهَرُ^(١) . وَصَحَّحَهُ فِي «النَّظْمِ» . وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْوَجِيزِ» وَغَيْرِهِ . وَقَدَّمَهُ
 فِي «الرَّعَايَتَيْنِ» ، وَ «الْحَاوِي الصَّغِيرِ» ، وَغَيْرِهِمْ . وَقِيلَ : لَا يَمْلِكُ مَنْعُهَا .

فائدتان ؛ إحداهما ، الذي يملك منعها وليها العاقد للنكاح . على الصحيح
 من المذهب . قدمه في «المعنى» ، وَ «الشَّرْحِ» ، وَ «الْفُرُوعِ» . وَقِيلَ :
 لَبَقِيَّةُ الْأَوْلِيَاءِ الْمَنْعُ . كَمَا قُلْنَا فِي الْكَفَاءَةِ . قُلْتُ : وَهُوَ أَوْلَى .

الثانية ، قوله : وَإِنْ عَلِمَتْ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ حَدَثَ بِهِ ، لَمْ يَمْلِكِ إِجْبَارَهَا
 عَلَى الْفَسْخِ . بِلَا نِزَاعٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَلِيِّ فِي ابْتِدَائِهِ ، لَا فِي دَوَامِهِ . قَالَ الْأَصْحَابُ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

.....
 به ، لم يَمْلِكْ إجبارها على الفسخ (إذا رَضِيتْ ؛ لَأَنَّ حَقَّ الْوَلِيِّ فِي ابْتِدَاءِ
 الْعَقْدِ لَا فِي دَوَامِهِ ، وَلِهَذَا لَوْ دَعَتْ وَلِيَّهَا إِلَى تَزْوِيجِهَا بِعَبْدٍ لَمْ تَلْزَمَهُ إِجَابَتُهَا ،
 وَلَوْ «اعْتَقْتُ تَحْتَ عَبْدٍ» لَمْ يَمْلِكْ إجبارها على الفسخ .

(١ - ١) في م : « اعتقت عبدا » .

فهرس الجزء العشرين من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

كتاب النكاح

- فائدتان ؛ إحداهما ، النكاح له معنيان ؛ ... ٥
الثانية ، قال القاضى : المعقود
عليه فى النكاح المنفعة ... ١١
فصل : والأصل فى مشروعيته الكتاب
والسنة والإجماع ؛ ... ٨
٣٠٥٤ - مسألة : و (النكاح سنة) ١١ ، ١٢
تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره ، أنه لا
فرق فى ذلك بين الغنى والفقير ... ١٢
٣٠٥٥ - مسألة : (والاشتغال به أفضل من التخلل لنوافل
العبادة ، إلا أن يخاف على نفسه الواقعة
المحظور بتركه ، فيجب) ١٣ - ١٨
تنبيهات ؛ أحدها ، العنت هنا هو الزنى ، ... ١٣
الثانى ، مراده بقوله : إلا أن يخاف
على نفسه الواقعة
المحظور ... ١٣
الثالث ، هذه الأقسام الثلاثة هى
أصح الطرق ، ... ١٥
فصل : وظاهر كلام أحمد أنه لا فرق بين
القادر على الإنفاق والعاجز عنه ، ... ١٧

٣٠٥٦ - مسألة : (وعن أحمد ، أن النكاح واجب على

١٨ - ٢٣

(الإطلاق)

فوائد تتعلق بالأحكام المرتبة على القول
بوجوب النكاح ، هل المرأة في
الوجوب كالرجل وهل يكتفى بمرة
واحدة في العمر ؟ وإذا زاحمه الحج
الواجب فأيهما يُقدّم ؟ وهل يكتفى
بالعقد ، أو يكتفى عنه بالتسرى ؟
وإذا كان مستحباً هل يجب بأمر
الأبوين أو أحدهما ، أو بالنذر ؟ وهل

٢٠ - ٢٢

يجوز بدار الحرب للضرورة ؟

تنبيه : حيث حرم نكاحه بلا ضرورة وفعل ،

٢٣

وجب عزله ، ...

٣٠٥٧ - مسألة : (ويستحب تخيير ذات الدين ، الولود ،

٢٤ - ٢٧

البكر ، الحسية ، الأجنبية)

٣٠٥٨ - مسألة : (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى

٢٨ - ٣٣

وجهها من غير خلوة بها ...)

فصل : ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة

٣٠

النظر إلى وجهها ؛ ...

تنبيه : حيث أبحنا له النظر إلى شيء من

بدنها ، فله تكرار النظر إليه وتأمل

٣٢

المحاسن ، ...

تنبيه آخر : مقتضى قوله : ويجوز لمن أراد

٣٢

خطبة امرأة ...

فائدتان ؛ إحداهما ، قال الإمام أحمد : إذا

خطب رجل امرأة ،

سأل عن جمالها

أولاً ، ... ٣٣

الثانية ، قال ابن الجوزي : ومن

ابتلى بالهوى فأراد

التزوج ، فليجتهد في

نكاح التي ابتلى بها ، ... ٣٣

٣٠٥٩ - مسألة : (وله النظر إلى ذلك ، وإلى الرأس

والساقين من الأمة المستامة ومن ذوات

محارمه ...) ٣٣ - ٣٨

فصل : وذوات محارمه ؛ كل من حرم

نكاحها على التأييد ، ... ٣٦

فصل : فأما أم المزنى بها وابتنتها ، فلا يحل له

النظر إليهن وإن حرم نكاحهن ؛ ... ٣٨

فائدتان ؛ إحداهما ، حكم المرأة في النظر

إلى محارمها حكمهم في

النظر إليها ... ٣٨

الثانية ، ذوات محارمه ؛ من يحرم

نكاحها عليه على

التأييد ... ٣٨

٣٠٦٠ - مسألة : (وللعبد النظر إليهما من مولاته) ٣٨ - ٤٠

فائدة : قال في «الفروع» : وظاهر

كلامهم ، لا ينظر عبد مشترك ،

ولا ينظر الرجل أمة مشتركة ، ... ٣٩

٣٠٦١ - مسألة : (ولغير أولى الإربة من الرجال ، كالكبير

والعين ونحوهما ، النظر إلى ذلك .

وعنه ، لا يباح)

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وكثير من
الأصحاب ، أن الخصى والمجبوب لا

يجوز لهما النظر إلى الأجنبية ... ٤٢

٣٠٦٢ - مسألة : (وللشاهد النظر إلى وجه المشهود عليها) ٤٣

فائدة : ألحق في ... المستأجر بالشاهد والمتابع ... ٤٣

تنبيه : إباحة نظر هؤلاء مقيد بحاجتهما . ٤٤

٣٠٦٣ - مسألة : (وللطبيب النظر إلى ما تدعو الحاجة إلى
نظره) ٤٤

فائدة : من ابتلى بخدمة مريض أو مريضة ؛

في وضوء أو استنجاء أو غيرهما ، ... ٤٤

٣٠٦٤ - مسألة : (وللصبي المميز غير ذى الشهوة النظر)

من المرأة (إلى ما فوق السرة وتحت

الركبة) ٤٤ ، ٤٥

٣٠٦٥ - مسألة : (فإن كان ذا شهوة ، فهو كذى المحرم) ٤٥ ، ٤٦

فائدتان ؛ إحداهما ، حكم بنت تسع حكم

المميز ذى الشهوة ، ... ٤٦

الثانية ، لا يحرم النظر إلى عورة

الطفل والطفلة قبل

السبع ، ولا لمسها ... ٤٦

٣٠٦٦ - مسألة : (وللمرأة مع المرأة ، والرجل مع الرجل ،

النظر إلى ما عدا ما بين السرة

والركبة ...) ٤٧ - ٥١

فصل : وحكم المرأة مع المرأة والرجل مع

الرجل سواء ، ... ٤٩

- فائدة : يجوز أن تكون الكافرة قابلة
 ٤٩ للمسلمة للضرورة ...
- ٣٠٦٧ - مسألة : (ويباح للمرأة النظر من الرجل إلى غير
 العورة . وعنه ، لا يباح)
 ٥١ - ٥٥
- تنبيه : قال في ... : أطلق الأصحاب إباحة
 النظر للمرأة إلى غير العورة من
 ٥٢ الرجل ...
- فوائد ؛ منها ، يجوز النظر من الأمة ومن
 ٥٤ لا تشتتهى ؛ ...
- تنبيه : حيث قلنا : يباح . ففى تحريم تكرار
 ٥٤ نظر وجه مستحسن وجهان ...
- ٣٠٦٨ - مسألة : (ويجوز النظر إلى الغلام لغير شهوة)
 ٥٦
- فائدة : قال ابن عقيل : يحرم النظر مع شهوة
 تخنيث وسحاق ، وإلى دابة يشتهبها
 ٥٧ ولا يعف عنها ، ...
- ٣٠٦٩ - مسألة : (ولا يجوز النظر إلى أحد ممن ذكرنا
 ٥٧ لشهوة)
- فوائد تتعلق بحكم النظر لشهوة ، ومعنى
 الشهوة ، وحكم لمس من حرّم النظر
 إليه ، وحكم صوت الأجنبية ،
 وحكم سماع المرأة صوت الرجل ،
 وحكم خلوة غير المحرم ، وحكم
 ٥٧ - ٦٠ مصافحة النساء .
- ٣٠٧٠ - مسألة : (ولكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع
 بدن الآخر ولمسه ، وكذلك السيد مع
 ٦٠ - ٦٨ أمته)

- فصل : وحكم السيد حكم الزوج فيما
٦١ ذكرنا ،...
فائدتان ؛ إحداهما ، قال القاضى فى
«الجامع» : يجوز تقبيل
فرج المرأة قبل
٦١ الجماع ،...
الثانية ، ليس لها استدخال ذكر
زوجها وهو نائم بلا
٦١ إذنه ،...
تنبيه : فى قول المصنف : مع أمته .
٦٢ نظر ؛...
فصل : فأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير
سبب ، فيحرم عليه النظر إلى
٦٣ جميعها ،...
فائدتان ؛ إحداهما ، لو زوج أمته ، جاز له
النظر منها إلى غير
٦٣ العورة ...
الثانية ، يكره النظر إلى عورة
٦٣ نفسه ...
فصل : فأما العجوز التى لا تُشْتَى ، فلا
بأس بالنظر إلى ما يظهر منها
٦٥ غالبا ؛...
فصل : والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر
٦٥ غالبا ؛...
فصل : والطفلة التى لا تصلح للنكاح لا

- ٦٧ بأس بالنظر إليها ...
- ٣٠٧١ - مسألة : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة ، ولا التعريض بخطبة الرجعية)
- ٦٨ ، ٦٩
- ٣٠٧٢ - مسألة : فأما الرجعية ، فلا يجوز لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح ؛ لأنها فى حكم الزوجات ، ...
- ٦٩
- ٣٠٧٣ - مسألة : (ويجوز فى عدة الوفاة ، و) فى (البائن بطلاق ثلاث)
- ٦٩
- ٣٠٧٤ - مسألة : (وهل يجوز فى عدة البائن بغير الثلاث ؟ على وجهين)
- ٧٠ ، ٦٩
- ٣٠٧٥ - مسألة : (والتعريض قوله : إني فى مثلك لراغب ...)
- ٧١ ، ٧٠
- ٣٠٧٦ - مسألة : (وتحييه) المرأة : (ما يرغب عنك . و : إن قضى شيء كان)
- ٧٢ ، ٧١
- فصل : فأما التصريح فهو اللفظ الذى لا
- ٧١
- يحتمل غير النكاح ، ...
- تنبيه : محل الخلاف ، إذا كان المعرض
- ٧١
- أجنبياً ...
- فصل : فإن صرح بالخطبة ، أو عرض فى موضع يحرم التعريض ، ثم تزوجها بعد حلها ، صح نكاحه ...
- ٧٢
- ٣٠٧٧ - مسألة : (ولا يجوز للرجل أن يخاطب على خطبة أخيه إن أجيب ، وإن رد ، حل ، ...)
- ٧٧ - ٧٢
- تنبيه : مفهوم كلام المصنف ، أن له أن

- يخطب على خطبة الذمي مطلقا؛ ... ٧٤
فائدة : قوله : وإن رُدَّ ، حل . بلا
٧٤ نزاع ...
فائدة : قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله :
ولو خطبت المرأة أو وليها الرجل
٧٦ ابتداء فأجابها ، ...
فائدة أخرى : لو أذنت لوليها أن يزوجه
من رجل بعينه ، احتل أن
٧٧ يحرم على غيره خطبتها ، ...
٣٠٧٨ - مسألة : (والتعويل في الرد والإجابة عليها إن لم
تكن مجبرة ، ...)
٧٧ - ٨٠ فصل : وخطبة الرجل على خطبة أخيه في
٧٩ موضع النهي محرمة ...
فصل : ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة
٧٩ إذا رأى المصلحة لها في ذلك ؛ ...
فصل : فإن كان الخاطب الأول ذمياً ، لم
٨٠ تحرم الخطبة على خطبته ...
٣٠٧٩ - مسألة : (ويستحب عقد النكاح مساء يوم
الجمعة)
٨١
٣٠٨٠ - مسألة : (و) يستحب (أن يخطب قبل العقد
بخطبة ابن مسعود)
٨١ - ٨٥ تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أنه لا يزيد على
خطبة ابن مسعود ، رضى الله
٨٢ عنه ...
فصل : وليست الخطبة واجبة عند أحد من

- أهل العلم فيما علمنا إلا داود ، فإنه
 أوجبها ؛... ٨٤
- فائدتان ؛ إحداهما ، كان الإمام أحمد ، رحمه
 الله تعالى ، إذا حضر
 العقد ولم يسمع
 الخطبة ، انصرف ... ٨٤
- الثانية ، قال ابن خطيب السلامة
 في ... : وقع في كلام
 القاضي في «الجامع»
 ما يقتضى أنه يستحب أن
 يتزوج في شوال . ٨٥
- ٣٠٨١ - مسألة : (و) يستحب (أن يقال للمتزوج : بارك
 الله لكما ، وعليكما ، وجمع بينكما في
 خير وعافية) ٨٥ ، ٨٦
- ٣٠٨٢ - مسألة : (ويقول إذا زفت إليه : اللهم إني أسألك
 خيرها وخير ما جبلتها عليه ، وأعوذ بك
 من شرها وشر ما جبلتها عليه) ٨٦ ، ٨٧
- فائدة : في خصائصه صلوات الله عليه : ... ٨٨

باب أركان النكاح وشروطه

- (أركانه الإيجاب والقبول ، فلا ينعقد إلا
 بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن
 يحسنهما ،...) ٩٣
- فائدة : لو قال الولي للزوج : زوجتك
 فلانة . بفتح التاء هل ينعقد
 النكاح ؟ ... ٩٦

- تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره ، أن
النكاح ينقصد إذا وجد الإيجاب
والقبول ؛ ... ٩٧
- فائدة : لا يصح تعليق النكاح على شرط
مستقبل ... ٩٧
- فصل : ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية ،
لم يصح عقده بغيره ، ... ٩٨
- فصل : فأما من لا يحسن العربية ، فيصح
منه عقد النكاح بلسانه ؛ ... ٩٨
- ٣٠٨٣ - مسألة : (فإن قدر على تعلمها بالعربية ، لم يلزمه) ٩٩
- ٣٠٨٤ - مسألة : (والقبول أن يقول : قبلت هذا النكاح .
أو ما يقوم مقامه في حق من لا يحسن) ٩٩ ، ١٠٠
- فصل : فأما الأخرس ، فإن فهمت إشارته ،
صح نكاحه بها ؛ ... ١٠٠
- ٣٠٨٥ - مسألة : (فإن اقتصر على قوله : قبلت) ١٠٠ - ١٠٢
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو أوجب النكاح ثم
جُنَّ قبل القبول ، بطل
العقد ، كموته ... ١٠٢
- الثانية ، ينقصد نكاح الأخرس
بإشارة مفهومة ... ١٠٢
- ٣٠٨٦ - مسألة : (فإن تقدم القبول الإيجاب ، لم يصح) ١٠٣ - ١٠٥
- فصل : إذا عقد النكاح هازلاً أو تلجئة ،
صح ؛ ... ١٠٤
- ٣٠٨٧ - مسألة : (وإن تراخى) القبول (عن الإيجاب ،
صح ، ما دام في المجلس ولم يتشاغلا)

- ١٠٥ عنه بغيره ؛ ...
 تنبيه : قوله : وإن تراخى عنه ، صح ،
 ماداما فى المجلس ، ولم يتشاغلا بما
 ١٠٥ يقطعه . يعنى ، فى العرف .
 ٣٠٨٨ - مسألة : (فإن تفرقا قبله ، بطل الإيجاب) ١٠٥ - ١٠٧
 فصل : فإن أوجب النكاح ثم زال عقله
 بجنون أو إغماء ، بطل حكم
 الإيجاب ، ... ١٠٦
 فصل : ولا يثبت الخيار فى النكاح ، ... ١٠٦
 فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
 (وشروطه خمسة ؛ أحدها ، تعيين
 الزوجين) ١٠٧
 تنبيه : ظاهر قوله : وشروطه خمسة ؛
 ١٠٧ أحدها ، تعيين الزوجين ...
 ٣٠٨٩ - مسألة : (فلو قال : زوجتك ابنتى . وله بنات ،
 ١٠٨ - ١١٠ لم يصح حتى يشير إليها ، ...)
 فائدة : قوله : فإذا قال : زوجتك ابنتى .
 ١٠٨ وله بنات ، ...
 فصل : فإن كانت له ابنتان ، كبرى اسمها
 عائشة ، وصغرى اسمها فاطمة ،
 فقال : زوجتك ابنتى عائشة .
 وقبل الزوج ذلك ، وهما ينويان
 ١٠٩ الصغرى ، ...
 فصل : فإن كان له ابنة واحدة ، فقال
 لرجل : زوجتك ابنتى . وسماها

- ١١٠ ..غير اسمها ..
- ٣٠٩٠ - مسألة : (وإن قال : إن وضعت زوجتي ابنة ، فقد
زوجتكها ...) ١١٠ - ١١٢
- ١١١ فصل : فإن خطب امرأة فزوج بغيرها ، ...
فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
(الثانى ، رضا الزوجين ، فإن لم
يرضيا أو أحدهما ، لم يصح) ١١٢
- ٣٠٩١ - مسألة : (إلا الأب له تزويج أولاده الصغار
والمجانين وبناته الأبكار بغير إذنهم) ١١٣ - ١٢٦
- فصل : وليس لغير الأب أو وصيه تزويج
الغلام قبل بلوغه ... ١١٤
- فصل : وللأب تزويج البالغ المعتوه ، ... ١١٥
- فصل : ومن يخنق فى الأحيان لا يجوز تزويجه
إلا بإذنه ؛ ... ١١٦
- فصل : وليس لغير الأب ووصيه تزويج
المعتوه البالغ ... ١١٦
- فوائد تتعلق بتزويج الطفل والمعتوه ومن يخنق
فى الأحيان ، وهل للابن الصغير إذا
زوجه الأب خيار إذا بلغ ؟ وحكم
قبول الأب النكاح للمجنون
والصغير ، وهل له تزويجهما بأكثر
من واحدة ؟ ١١٦ ، ١١٧
- فصل : وإذا زوّج الصغير أو المجنون ، فإنه
يقبل لهما النكاح ، ... ١١٧
- فصل : وذكر القاضى أنه لا يجوز أن يتزوج

- ١١٨ لهما بأكثر من مهر المثل ؛ ...
 فصل : فأما الإناث ، فلأب تزويج ابنته
 البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع
 سنين ، ... ١١٩
 فصل : وفي البكر البالغة العاقلة روايتان ؛ ... ١٢٠
 فائدة : لو كان وليها الحاكم ، فله تزويجها
 في وجه ، إذا اشتته ... ١٢٢
 تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، بل كالصرح
 في قوله : فإن لم يرضيا أو أحدهما ،
 لم يصح ، ... أن الجدل ليس له
 الإيجاب ... ١٢٤
 فائدتان ؛ إحداها ، للصغيرة ، بعد تسع
 سنين ، إذن صحيحة
 معتبرة ، ... ١٢٤
 الثانية ، حيث قلنا بإيجاب المرأة
 ولها إذن ، أخذ بتعيينها
 كُفًأ ، ... ١٢٧
 ٣٠٩٢ - مسألة : (وهل له تزويج الثيب الصغيرة ؟ على
 وجهين) ١٢٧ - ١٢٩
 فصل : فأما الثيب الصغيرة ، ففيها
 وجهان ؛ ... ١٢٩
 ٣٠٩٣ - مسألة : (وللسيد تزويج إمائه الثيب والأبكار ،
 وعبيده الصغار ، بغير إذنهم) ١٢٩ - ١٣٢
 فصل : إذا اشترى عبده المأذون أمة ،
 وركبته ديون ، ملك سيده تزويجها

- ويبيعها وإعتاقها ... ١٣١
- فصل : وليس للسيد إكراه أمته على التزويج
بمعيب عيباً يُرَدُّ به في النكاح ؛ ... ١٣١
- فائدتان ؛ إحداهما ، لو كان نصف الأمة
حُرّاً ونصفها رقيقاً ،
لم يملك مالك الرق
إجبارها ... ١٣١
- الثانية ، لو كان بعضها مُعتقاً ،
اعتُبر إذنُها وإذنُ مالك
البقية ، ... ١٣٢
- فصل : وللسيد تزويج عبده الصغير بغير إذنه
في قول أكثر أهل العلم ، ... ١٣٢
- ٣٠٩٤ - مسألة : (ولا يملك إجبار عبده الكبير) ١٣٣ - ١٣٦
- فصل : والمهر والنفقة على السيد ، ... ١٣٤
- فصل : ويجوز أن يتزوج السيدُ لعبده
بإذنه ، ... ١٣٥
- فصل : وللسيد أن يُعَيِّنَ له المهر ، وله أن
يُطْلِقَ ، ... ١٣٥
- فصل : وإذا تزوج أمة ثم اشتراها بإذن سيده
لسيده ، ... ١٣٦
- ٣٠٩٥ - مسألة : (وليس لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا
بإذنها ، إلا المجنونة ، لهم تزويجها إذا ظهر
منها الميل إلى الرجال) ١٣٦ - ١٤١
- فوائد ؛ إحداهما ، لو لم يكن لها ولي إلا
الحاكم ، زوجها ... ١٣٧

- الثانية ، تعرف شهوتها من كلامها
 ١٣٧ ومن قرائن أحوالها ؛ ...
 الثالثة ، إن احتاج الصغير العاقل
 والمجنون المطبق البالغ إلى
 ١٣٧ النكاح ، ...
 تنبيهان ؛ أحدهما ، ألحق في «الترغيب» ،
 و«الرعاية» جميع
 الأولياء ، غير الأب
 ١٣٨ والوصى ، بالحاكم ...
 ١٣٨ الثاني ، المراد هنا مطلق الحاجة ؛ ...
 فصل في تزويج المجنونة : إن كانت ممن تجبر لو
 كانت عاقلة ، جاز تزويجها لمن
 ١٣٩ يملك إجبارها ؛ ...
 ٣٠٩٦ - مسألة : (وليس لهم تزويج صغيرة بحال) ١٤١ - ١٤٥
 فصل : ويستحب للأب استئذان ابنته
 ١٤٤ البكر ؛ ...
 تنبيه : قال في «الفروع» : وعنه ، لهم
 ١٤٥ تزويجها ، كالحاكم ...
 تنبيه آخر : المراد بقوله في الرواية الثانية :
 ولها الخيار إذا بلغت . البلوغ
 ١٤٦ المعتاد ...
 ٣٠٩٧ - مسألة : (وإذن الثيب الكلام ، وإذن البكر
 الصمات) ١٤٦ - ١٤٩
 فائدتان ؛ إحداهما ، قال الشيخ تقي الدين ،
 رحمه الله : يعتبر في

- الاستئذان تسمية
 الزوج على وجه تقع
 المعرفة به ،... ١٤٧
 الثانية ، قال في ... : لا يشترط
 الإشهاد على إذنها ... ١٤٧
 فصل : فإن أذنت بالنطق فهو أبلغ وأتم ،
 وإن ضحكت أو بكت فهو بمنزلة
 سكوتها ... ١٤٨
 ٣٠٩٨ - مسألة : (ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح أو
 محرم) ١٥٠ ، ١٤٩
 ٣٠٩٩ - مسألة : (فأما زوال البكارة بإصبع أو وثبة ، فلا
 يغير صفة الإذن) ١٥٠ - ١٥٥
 فصل : إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها قبل
 الدخول ، فالقول قولها في قول أكثر
 الفقهاء ... ١٥١
 فائدتان ؛ إحداهما ، حيث حكمنا بالثيوبة ،
 لو عادت البكارة ، لم
 يزل حكم الثيوبة ... ١٥١
 الثانية ، لو ضحكت البكر أو
 بكت ، كان
 بسكوتها ... ١٥١
 فصل في المحجور عليه للسفه : والكلام في
 نكاحه في ثلاثة أحوال ؛ ... ١٥٣
 فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :
 (الثالث ، الولي ، فلا نكاح إلا

- بولى ، فإن زوجت المرأة نفسها أو
 ١٥٥ غيرها ، لم يصح ()
 ٣١٠٠ - مسألة : (وعن أحمد) أن (لها تزويج أمتها
 ١٥٨ - ١٦٠ ومعتقتها)
 تنبيه : فعلى المذهب ، يزوج أمتها بإذنها
 ١٥٩ من يزوجها ...
 فصل : فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم ،
 أو كان المتولّى لعقده حاكما ، لم
 ١٦٠ يجوز نقضه ، ...
 فائدة : لو حكم بصحته حاكم ، لم
 ١٦٠ ينقض ...
 تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، فى قوله :
 وعنه ، لها تزويج أمتها ومعتقتها ... ١٦٠
 ٣١٠١ - مسألة : (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها) ١٦١ ، ١٦٢
 ٣١٠٢ - مسألة : (ثم أبوه وإن علا) ١٦٣
 ٣١٠٣ - مسألة : (ثم ابنها ، ثم ابنه وإن سفل) ١٦٤ ، ١٦٥
 ٣١٠٤ - مسألة : (ثم أخوها لأبويها ، ثم لأبيها) ١٦٥ ، ١٦٦
 ٣١٠٥ - مسألة : (وعنه تقديم الابن على الجد ، والتسوية
 بين الجد والإخوة ، وبين الأخ للأبوين
 ١٦٦ والأخ للأب)
 ٣١٠٦ - مسألة : (ثم بنو الإخوة وإن سفلوا ، ثم العم ، ثم
 ابنه ، ثم الأقرب فالأقرب من العصبات ،
 على ترتيب الميراث) ١٦٧ ، ١٦٨
 فصل : ولا ولاية لغير العصبات من
 ١٦٨ الأقارب ؛ ...

- فائدتان ؛ إحداهما ، وكذا الحكم في أولاد
 الإخوة من الأبوين
 ١٦٨ ... والأب
 الثانية ، لو كانا ابني عم ، أحدهما
 ١٦٨ أخ لأُم ، ...
 ٣١٠٧ - مسألة : (ثم المولى المنعم ، ثم عصباته من بعده ،
 الأقرب فالأقرب ، ثم السلطان) ١٦٨ - ١٧٣
 فصل : والسلطان ههنا هو الإمام ، أو
 الحاكم ، أو من فوضا إليه ذلك ... ١٧٠
 فوائد ؛ منها ، السلطان هنا ؛ هو الإمام أو
 الحاكم ، أو من فوض إليه ... ١٧٠
 ومنها ، قال الزركشى : المشهور أنه
 لا يُزَوَّج وإلى البلد ... ١٧١
 ومنها ، قال الزركشى أيضًا : إذا لم
 يكن للمرأة ولى ،
 فعنه ، ... ، لا بد من الولي
 مطلقًا ... ١٧٢
 فصل : إذا استولى أهل البغي على بلد ،
 جرى حكم سلطانهم وقاضيه في
 ذلك مجرى الإمام وقاضيه ؛ ... ١٧١
 فصل : واختلفت الرواية في المرأة تسلم على
 يد رجل ، ... ١٧١
 فصل : فإن لم يوجد للمرأة ولى ولا ذو
 سلطان ، ... ١٧٢
 ٣١٠٨ - مسألة : (وولى الأمة سيدها) ١٧٣

- ١٧٣ تنبيه : قوله : فأما الأمة ، فوليا سيدها ... ١٧٣
- ٣١٠٩ - مسألة : (فإن كانت لامرأة ، فوليا ولي سيدتها ،
ولا يزوجها إلا بإذنها) ١٧٣ - ١٧٧
- ١٧٦ فصل : ويزوج عتيقتها من يزوج أمتها ... ١٧٦
- فصل : فإن كان للأمة مولى ، فهو وليها ،
وإن كان لها موليان ، اشتركا في
الولاية ، ... ١٧٧
- ٣١١٠ - مسألة : (ويشترط في الولي الحرية ، والذكورية ،
واتفاق الدين ، والعقل) ١٧٨ - ١٨٣
- تنبيه : محل الخلاف في اشتراط العدالة في غير
السلطان ... ١٨٢
- ١٨٣ فصل : ولا يشترط أن يكون بصيرا ؛ ... ١٨٣
- فائدتان ؛ إحداهما ، اشترط في ... الرشد
في الولي ... ١٨٣
- الثانية ، لا تزول الولاية بالإغماء
والعمى ... ١٨٣
- ٣١١١ - مسألة : (فإن كان الأقرب طفلا أو كافرا أو
عبدا ، زوج الأبعد) ١٨٤
- ٣١١٢ - مسألة : (وإن عضل الأقرب ، زوج الأبعد .
وعنه ، يزوج الحاكم) ١٨٤ - ١٨٧
- فائدة : العضل ؛ منع المرأة التزوج بكفئتها
إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في
صاحبه ، ... ١٨٥
- فصل : وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو
دونه ... ١٨٦
- ٣١١٣ - مسألة : (وإن غاب غيبة منقطعة زوَّج

- الأبعد، ... (١٨٧-١٩٢)
- تنبيه : محل الخلاف ، إذا كانت المرأة حرة ... ١٨٨
- الفصل الثاني : في الغيبة المنقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها ... ١٨٩
- فصل : فإن كان القريب أسيراً أو محبوساً في مسافة قريبة ، لا تمكن مراجعته ، فهو كالبعيد ، ... ١٩١
- فائدة : من تعذرت مراجعته ؛ كالمأسور والمحبوس ، أو لم يعلم مكانه ، فحكمه حكم البعيد ... ١٩١
- ٣١١٤ - مسألة : (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال ، إلا إذا أسلمت أم ولده ، في وجه) ١٩٢-١٩٤
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، ، أن الذمي لا يلي نكاح مكاتبته ومدبرته ... ١٩٣
- ٣١١٥ - مسألة : (ولا يلي مسلم نكاح كافرة ، إلا سيد الأمة أو ولي سيدتها أو السلطان) ١٩٤ ، ١٩٥
- ٣١١٦ - مسألة : (ويلي الذمي نكاح موليته الذمية من الذمي) ١٩٥ ، ١٩٦
- فائدة : يشترط في الذمي ، إذا كان ولياً ، الشروط المعتبرة في المسلم . ١٩٧
- ٣١١٧ - مسألة : (وإذا زوج الأبعد من غير عذر للأقرب ، أو زوج أجنبي ، لم يصح . وعنه ، يصح ويقف على إجازة الولي) ١٩٧-٢٠٣

فصل : ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وليها ،

أو الأمة بغير إذن سيدها ،... ٢٠١

فائدتان ؛ إحداهما ، لو تزوج الأجنبي لغيره

بغير إذنه ،... ٢٠١

الثانية ، لو زوج الولي موليته التي

يعتبر إزنها بغير إزنها ،... ٢٠٢

فصل : وإذا زُوجت التي يعتبر إزنها بغير

إزنها ،... ٢٠٣

٣١١٨ - مسألة : (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه

وإن كان حاضراً ، ووصيه في النكاح

بمنزله) ٢٠٣ - ٢١٢

فصل : ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً ،... ٢٠٥

فوائد تتعلق بالتوكيل المطلق والمقيد ، وما

يُثبت لكل من الوكيل والموكِّل ، وما

يُشترط في وكيل الولي ، وما يتقيد به

الولي ووكيله المُطلَق ، وهل للوكيل

المُطلَق أن يتزوجها لنفسه ؟ وما يقوله

الولي أو وكيله لو كُيل الزوج في

العقد . ٢٠٥ - ٢٠٨

فصل : ولا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة

في التوكيل ،... ٢٠٦

فصل : ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل ،

فإن كان للولي الإِجبار ، ثبت ذلك

لوكيله ،... ٢٠٧

فصل : واختلفت الرواية عن أحمد ، هل

- ٢٠٩ تستفاد ولاية النكاح بالوصية ؟ ...
فصل : ومن لم تثبت له الولاية ، لا يصح
توكيله ؛ ...
٢١١
- فائدتان ؛ إحداهما ، هل يسوغ للموصى
الوصية به ، أو يوكل
فيه ؟ ...
٢١١
- الثانية ، حكم تزويج صبي صغير
بالوصية حكم تزويج
الأنثى بها ...
٢١١
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره ، أنه لا
خيار للصبي إذا بلغ ...
٢١٢
- ٣١١٩ - مسألة : (وإذا استوى الأولياء في الدرجة) ...
(صح التزويج من كل واحد منهم) ٢١٢ ، ٢١٣
- ٣١٢٠ - مسألة : والأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم ؛ ... ٢١٣ ، ٢١٤
- ٣١٢١ - مسألة : (فإن سبق غير من وقعت له القرعة
فزوج ، صح) تزويجه (في أقوى
الوجهين) ٢١٤
- تنبيه : محل الخلاف ، إذا أذنت لهم ... ٢١٥
- فائدة : قال الأزجى في «النهاية» : وإذا
استوت درجة الأولياء ، فالولاية
ثابتة لكل واحد منهم على الكمال
والاستقلال ... ٢١٥
- ٣١٢٢ - مسألة : (وإذا زوج) الوليان (اثنين ، ولم يعلم
السابق منهما ، فُسخ النكاحان) ٢١٥ - ٢٢٨
- فصل : فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها

- ٢١٧ ذات زوج ، فُرق بينهما ، ...
- فصل : فإن جُهل الأول منهما ، فُسخ
- ٢١٨ النكاحان ، ...
- فصل : فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق
- ٢٢١ بالعقد ، ولا يَبَيِّنُهُما ، ...
- فصل : وإن عُلِمَ أن العقدين وقعا معا ، لم يسبق أحدهما الآخر ، فهما
- ٢٢٣ باطلان ، ...
- فوائد تتعلق بالحكم إذا جُهل أسبق العقدين ،
وإذا أُمر غير القارع بالطلاق فطُلّق ،
وإذا فُسخ النكاح أو طلقها ، وإذا
ماتت المرأة قبل الفسخ والطلاق ، أو
مات الزوجان ، وإذا ادعى كل واحد
منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم
فُرق بينهما .
- ٢٢٣ - ٢٢٨ فرع : لو أقرت المرأة لأحدهما ، لم يُقبل ...
- ٢٢٥ فصل : وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق ، فأقرت لأحدهما ، ثم فُرق بينهما ، وقلنا بوجوب المهر ، ...
- ٢٢٥ ٣١٢٣ - مسألة : (وإذا زوج السيد عبده الصغير من أمته ، جاز أن يتولى طرفي العقد)
- ٢٢٩ فائدة : قوله : وإذا زوج السيد عبده الصغير من أمته ، جاز أن يتولى طرفي العقد ...
- ٢٢٩ ٣١٢٤ - مسألة : (وكذلك ولي المرأة - مثل ابن العم

- والمولى والحاكم - إذا أذنت له في تزوجها ... (٢٢٩-٢٣٤)
فائدتان ؛ إحداهما ، من صور تولى الطرفين ،
لو وكل الزوج المولى ،
أو المولى الزوج ،
أو وكلًا واحدًا... ٢٣٢
الثانية ، لا يجوز للمولى المجبرة ؛... ،
نكاحها بلا وليٍّ غيره أو
حاكم ... ٢٣٣
فصل : فأما إن أذنت له في تزويجها ، ولم
تُعَيِّن الزوج ، لم يجز أن يزوجه
نفسه ؛... ٢٣٣
٣١٢٥ - مسألة : (وإذا قال السيد لأُمته . أعتقتك ،
وجعلت عتقك صداقك ...) ٢٣٤
٣١٢٦ - مسألة : (وعنه ، لا يصح حتى يستأنف نكاحها
بإذنها ، فإن أبى ، فعليها قيمتها) ٢٣٥-٢٤٤
فصل : ولا فرق بين أن يقول : أعتقتك
وجعلت عتقك صداقك ،
وتزوجتك . أو لا يقول :
تزوجتك ... ٢٣٧
فوائد تتعلق بصور مسألة عتق السيد لأُمته
وجعل عتقها صداقها ، وحكم إذا
طلقها قبل الدخول بها ، وإذا أعتقت
المرأة عبدها على أن يتزوجها بسؤاله
أولاً هل يَعتق ؟ وهل المكاتب والمديرة

والمعلق عتقها بصفة كالقن في جعل
عتقهن صداقهن ؟ والحكم إذا أعتقها
وزوجها لغيره وجعل عتقها صداقها ،
أو قال : أعتقت أمتي وزوجتكها على
ألف ، أو قال السيد لأمته : أعتقتك
وتزوجتك على ألف ، أو : على أن
تزوجي بي ، أو قال الأب ابتداءً :

٢٣٧-٢٤٣

زوجتك ابنتي على عتق أمتك .
فصل : وإذا قلنا بصحة النكاح ، فطلقها
قبل الدخول ، رجع عليها بنصف

٢٣٨

قيمتها ؛...
فصل : وإن قال لأمته : أعتقتك على أن
تزوجيني نفسك ، ويكون عتقك

٢٤١

صداقك ...
فصل : وإن اتفق السيد والأمة على أن يُعتقها
وتزوجها نفسها ، فتزوجها على

٢٤٢

ذلك ،...
فصل : ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم
يتزوجها ،...

٢٤٣

فصل : وإذا قال : أعتق عبدك على أن
أزوجه ابنتي . فأعتقه يلزمه أن
يزوجه ابنته ؛...

٢٤٤

فصل : قال ، رضى الله عنه : (الرابع ،
الشهادة ، فلا ينعقد إلا بشاهدين
عدلين بالغين عاقلين ، وإن كانا

- ٢٤٤ (ضريرين)
 فصل : ويشترط في الشهود الذكورية ،
 والعدالة ، والعقل ، والبلوغ ،
 والإسلام ، ...
 ٢٤٦
 فصل : وينعقد بشهادة ضريرين ...
 ٢٤٩
 ٣١٢٧ - مسألة : (و) عنه ، أن النكاح ينعقد بحضور
 (مراهقين عاقلين)
 ٢٥٠ ، ٢٤٩
 تنبيه : يحتمل أن يريد المصنف بقوله :
 عدلين . ظاهراً وباطناً ...
 ٢٥٠
 ٣١٢٨ - مسألة : (ولا ينعقد نكاح المسلم بشهادة
 ذميين ...)
 ٢٥١
 ٣١٢٩ - مسألة : (ولا ينعقد بحضور أصميين ولا أخرسين)
 ٢٥١
 ٣١٣٠ - مسألة : (وهل ينعقد بحضور عدوين ، أو ابني
 الزوجين أو أحدهما ؟ على وجهين)
 ٢٥٢
 فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (الخامس ،
 كون الرجل كفوئاً لها في إحدى
 الروايتين ، ...)
 ٢٥٣
 ٣١٣١ - مسألة : (لكن إن لم ترض المرأة والأولياء جميعهم ،
 فلمن لم يرض الفسخ)
 ٢٥٨ ، ٢٥٧
 فصل : وإذا قلنا : ليست شرطاً . فرضيت
 المرأة والأولياء جميعهم ، صح
 النكاح ، ...
 ٢٥٧
 ٣١٣٢ - مسألة : (فلو زوج الأب بغير كفء برضاها ،
 فلا إخوانة الفسخ ...)
 ٢٥٩ ، ٢٥٨
 فائدة : قال الزركشي : لو عقده بعضهم

- ولم يرض الباقر ، فهل يقع العقد
 ٢٥٩ باطلاً من أصله ، أو صحيحاً ؟ ...
- ٣١٣٣ - مسألة : (والكفاءة ؛ الدين والمنصب)
 ٢٦٠ - ٢٦٣ فائدتان ؛ إحداهما ، المنصب ؛ هو
 ٢٦٢ النسب ...
 الثانية ، لا تُعتبر هذه الصفات في
 ٢٦٢ المرأة ، ...
- ٣١٣٤ - مسألة : (والعرب بعضهم لبعض أكفاء ، وسائر
 ٢٦٣ - ٢٦٦ الناس بعضهم لبعض أكفاء ...)
 ٢٦٥ فائدة : ليس مولى القوم كُفُؤاً لهم ...
- ٣١٣٥ - مسألة : (وعنه ، أن الحرية والصناعة واليسار
 من شروط الكفاءة ، فلا تزوج حرة
 بعد ، ولا بنت بزاز بحجام ، ولا بنت
 ٢٦٦ - ٢٧٣ تاني بجائك ، ولا موسرة بمعسر)
 تنبيه : قوله على رواية أن الحرية من شروط
 الكفاءة : لا تزوج حرة بعد ... ٢٦٦
 فائدة : التاني في قوله : ولا بنت تاني ... ٢٦٧
 تنبيه : ظاهر قوله على رواية أن الحرية ،
 والصناعة ، واليسار من شروط
 الكفاءة : فلا تزوج حرة بعد ، ...
 ٢٦٧ أنه يشمل كل صناعة رديئة ...
 فائدة : لو زالت البكارة المذكورة بعد
 ٢٦٨ العقد ، فلها الفسخ ...
 فصل : ومن أسلم أو عتق من العبيد ، فهو
 كفاء لمن له أبوان في الإسلام
 ٢٧١ والحرية ...

فصل : وولد الزنى قد قيل : إنه كفءٌ

لذات نسب ... ٢٧١

فصل : والموالى أكفاءٌ بعضهم لبعض ،

وكذلك العجم ،... ٢٧١

فصل : فأما أهل البدع ، فإن أحمد قال

في الرجل يزوج الجهمي : يُفرَّق

بينهما ... ٢٧٢

فصل : وإنما تعتبر الكفاءة في الرجل دون

المرأة ،... ٢٧٣

باب المحرمات في النكاح

(وهن ضربان ؛ محرمات على الأبد ، وهن

أربعة أقسام ؛ أحدها ، المحرمات

بالنسب ، وهن سبع) ٢٧٥

فائدة : قوله : والبنات من حلال أو

حرام ... ٢٧٦

فصل : ولا فرق بين النسب الحاصل

بنكاح ، أو ملك يمين ، أو وطء

شبهة ، أو حرام ،... ٢٧٧

تنبيهات تتعلق بتعريف كل من : العمدات ،

والمحرمات بالرضاع ، والمحرمات

بالمصاهرة ، وحلائل الآباء ،

والربائب . ٢٧٧ - ٢٨٣

(القسم الثاني ، المحرمات بالرضاع ، فيحرم

به ما يحرم بالنسب سواء) ٢٧٨

- (القسم الثالث ، تحريم المصاهرة ، وهُنَّ
 أربع ؛ ...) ٢٨٠
 ٢٨٣ فائدة : يحرم عليه بنت ابن زوجته ...
 ٣١٣٦ - مسألة : (فإن متن قبل الدخول ، فهل تحرم
 بناتهن ؟ على روايتين) ٢٨٦ - ٢٨٤
 فائدتان ؛ إحداهما ، مثل ذلك في الحكم لو
 أبانها بعد الخلوة وقبل
 الدخول ، خلافاً
 ومذهباً ... ٢٨٥
 الثانية لا يثبت ... ٢٨٦
 ٣١٣٧ - مسألة : (ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال
 والحرام) ٢٨٦ - ٢٩١
 فصل : والوطء على ثلاثة أضرب ؛ ... ٢٨٩
 فائدة : ظاهر كلام الخرق أن وطء الشبهة
 ليس بحلال ولا حرام ؛ ... ٢٨٩
 فصل : ويستوى في ذلك الوطء في القبل
 والدبر ؛ ... ٢٩١
 تنبيه : شمل قوله : الحرام . الوطء في قُبْلِها
 ودبرها ... ٢٩١
 ٣١٣٨ - مسألة : (فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة)
 ... (فعلى وجهين) ٢٩٢ ، ٢٩١
 تنبيه : مراده بالصغيرة ، الصغيرة التي لا
 يوطأ مثلها ... ٢٩٢
 ٣١٣٩ - مسألة : (وإن باشر امرأة ، أو نظر إلى فرجها ،
 أو خلا بها لشهوة ، فعلى روايتين) ٢٩٧ - ٢٩٢

- فصل : ومن نظر إلى فرج امرأة لشهوة فهو
كلمسها لشهوة ، فيه أيضا
روايتان ؛ ... ٢٩٤
- تنبيه : مفهوم قوله : أو نظر إلى فرجها ... ٢٩٤
فصل : فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل
لشهوة ، فحكمه في التحريم حكم
نظره إليها ... ٢٩٦
- فصل : والصحيح أن الخلوة بالمرأة لا تنشر
الحرمة ... ٢٩٦
- فائدة : حكم مباشرة المرأة للرجل ، أو
نظرها إلى فرجه ، أو خلوتها به
لشهوة ، ... ٢٩٦
- ٣١٤٠ - مسألة : (ومن تلوط بغلام ، حرم على كل واحد
منهما أم الآخر وابنته)
٢٩٧ - ٣٠٢
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن دواعي
اللواط ليست كاللواط ... ٢٩٨
- فصل : ويحرم على الرجل نكاح بنته من
الزنى ، وأخته ، وبنت ابنه ، وبنت
بنته ، وبنت أخيه ، وأخته من
الزنى ، ... ٢٩٩
- فائدة : السحاق بين النساء لا ينشر
الحرمة ... ٢٩٩
- فائدة : ذكر الشيخ تقي الدين ، رحمه الله ،
في كتاب التحليل ، أن الرجل إذا
قتل رجلاً ليتزوج امرأته ، أنها لا

٣٠١

تحل له أبدًا ...

فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (الضرب

الثاني ، المحرمات إلى أمد ، وهن

نوعان ؛ أحدهما ، المحرمات لأجل

٣٠٢

(الجمع ، ...)

فوائد ؛ إحداها ، إذا فسخ الحاكم نكاحه

لعنته ، أو عيب فيه

يوجب الفسخ ، لم تحرم

٣٠٢

على التأييد ...

الثانية ، قوله : فيحرم الجمع بين

الأختين وبين المرأة وعمتها ،

٣٠٢

أو خالتها ...

الثالثة ، لا يكره الجمع بين بنتي

عميه أو عمته ، أو ابنتي

خاله أو خالته ، أو بنت

٣٠٤

عمه وبنت عمته ...

الرابعة ، لو تزوج أخت زيد من

أبيه ، وأخته من أمه في عقد

٣٠٥

واحد ، صح ...

الخامسة ، لو كان لكل رجل بنت ،

ووطئاً أمة ، فألحق ولدها

بهما ، فتزوج رجل

بالأمة وبالبنتين ، فقد

٣٠٦

تزوج أم رجل وأخته ...

٣١٤١ - مسألة : (و) يحرم الجمع (بين المرأة وعمتها أو

٣٠٦ - ٣٠٣

(خالتها)

فصل : ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم ،

٣٠٦

وابنتي الخال ، ...

٣١٤٢ - مسألة : (فإن جمع بينهما في عقد) واحد (لم

٣٠٧ ، ٣٠٦

يصح)

٣١٤٣ - مسألة : (وإن تزوجهما في عقدين ، أو تزوج

٣١٠ - ٣٠٧

إحداهما في عدة الأخرى ، ...)

فصل : فإن لم يعلم أولاهما ، فعليه فرقتهما

٣٠٨

معًا ...

فصل : فأما المهر ، فإن لم يدخل بواحدة

٣٠٩

منهما ، و ...

فصل : قال أحمد : إذا تزوج امرأة ، ثم

٣١٠

تزوج أختها ، ودخل بها ، ...

٣١٤٤ - مسألة : (وإن اشترى أخت امرأته ، أو عمتها ، أو

٣١١ ، ٣١٠

خالتها ، صح)

٣١٤٥ - مسألة : (وإن اشتراهن في عقد واحد ، صح) ٣١١

٣١٤٦ - مسألة : وله وطء إحداهما ؛ لأن الأخرى لم تصر

٣١١

فراشًا ...

فصل : وليس له الجمع بين الأختين من

٣١٢

إمائه في الوطء ...

٣١٤٧ - مسألة : (فإن وطئ إحداهما ، فليس له وطء

الأخرى حتى يُحرّم الموطوءة على نفسه

٣١٦ - ٣١٣

بإخراج عن ملكه أو تزويج)

فائدة : قال في ... : الجمع بين المملوكتين

٣١٤

في الاستمتاع بمقدمات الوطء ، ...

- فصل : وإذا أخرجها من ملكه ، لم تحل له
أختها حتى يستبرئ المخرجة ويعلم
براءتها من الحمل ... ٣١٥
- تنبيه : في قوله : فإن وطئ إحداها ، لم تحل
له الأخرى ... ٣١٥
- فائدة : حكم المباشرة من الإماء فيما دون
الفرج ، والنظر إلى الفرج لشهوة ،
فيما يرجع إلى تحريم أختها ، ... ٣١٥
- تنبيهان ؛ الأول ، قوله : فإن وطئ
إحداها ، لم تحل له
الأخرى ... ٣١٥
- الثاني ، قوله : لم تحل له الأخرى
حتى يُحرّم على نفسه
الأولى ... ٣١٦
- الثالث ، شمل قوله : بإخراج عن
ملكه . الإخراج بالبيع
وغيره ... ٣١٧
- ٣١٤٨ - مسألة : (فإن عادت إلى ملكه ، لم يظأ واحدة
منهما حتى يُحرّم الأخرى) ٣١٧ - ٣٢٠
- فصل : فإن وطئ أمتيه الأختين معاً ، فوطئ
الثانية محرّم ، ولا حد فيه ؛ ... ٣١٩
- فصل : وحكم المباشرة من الإماء فيما دون
الفرج ، والنظر إلى الفرج لشهوة ،
فيما يرجع إلى تحريم الأخت ، ... ٣٢٠
- ٣١٤٩ - مسألة : (وإن وطئ أمته ثم تزوج أختها ، لم يصح

عند أبي بكر)

فائدة : مثل ذلك في الحكم ، لو أعتق
سريته ، ثم تزوج أختها في مدة
استبرائها .

٣٢١

فوائد ؛ إحداها ، مثل هذا الحكم ، لو
تزوج أخت أمته بعد
تحريمها ثم رجعت الأمة
إليه ، لكن النكاح

٣٢٢

بحاله ...

الثانية ، لو ملك أختين ، مسلمة
ومجوسية ، فله وطء

٣٢٤

المسلمة ...

الثالثة ، لو اشترى أخت زوجته ،
صح ، ولا يطؤها في عدة

٣٢٤

الزوجة ، فإن فعل ، ...

فصل : فإن زوج الأمة الموطوءة أو أخرجها
عن ملكه ، ...

٣٢٣

فصل : ولا بأس أن يجمع بين من كانت

٣٢٤

زوجة رجل وابنته من غيرها ...

تنبيهان ؛ أحدهما ، تقدم في آخر كتاب
الطهارة ، إذا اشتبهت

٣٢٤

أخته بأجنبية .

الثاني ، قوله : ولا يحل للحر أن

يجمع بين أكثر من أربع ،

ولا للعبد أن يتزوج أكثر

٣٢٧

من اثنتين ...

فصل : ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ،
ولها بنت من غيره ، أو كان له بنت

٣٢٥

ولها ابن ، ...

فصل : إذا تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا

٣٢٥

ابنتها على أبيه ولا ابنه ، ...

فصل : إذا تزوج رجل امرأة ، وزوج ابنه
بنتها أو أمها ، فزُفَّت امرأة كل واحد

٣٢٦

منهما إلى صاحبه ، فوطئها ، ...

٣١٥٠ - مسألة : (ولا يحل للحر أن يجمع بين أكثر من

أربع ، ولا للعبد أن يتزوج أكثر من

اثنتين ، فإن طلق إحداهن ، لم يتزوج

٣٢٧ - ٣٣٤

أخرى حتى تنقضي عدتها)

فصل : وليس للعبد أن يزيد على أكثر من

٣٢٨

اثنتين ، ...

فائدتان ؛ إحداهما ، قوله : ولا يحل للعبد

أن يتزوج أكثر من

٣٢٩

اثنتين بلا نزاع ...

الثانية ، اختلف عن الإمام أحمد ،

... ، في جواز تسرى

٣٣٠

العبد بأكثر من اثنتين ؛ ...

فصل : إذا تزوج الرجل امرأة ، حرمت

عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت

٣٣٠

أخيها وبنت أختها تحريم جمع ، ...

فصل : ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية ،

- أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع
 ٣٣٢ أو رضاع ، ...
 فصل : إذا أعتق أم ولده ، أو أمة كان
 ٣٣٢ يصيبها ، ...
 فصل : ولا يُمنع من نكاح أمة في عدة حرة
 ٣٣٣ بائن ...
 فصل : وإن زنى بامرأة ، فليس له أن يتزوج
 ٣٣٣ أختها حتى تنقضى عدتها ، ...
 فصل : إذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته
 بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤه
 ٣٣٣ فيها ، وكذبه ، ...
 فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (النوع
 الثانى ، محرمات لعارض يزول ،
 ٣٣٤ فيحرم عليه نكاح زوجة غيره)
 ٣١٥١ - مسألة : (وتحرم الزانية ، حتى تتوب وتنقضى
 عدتها)
 ٣٣٥ - ٣٤٤
 تنبيه : مفهوم كلام المصنف ، أنه لا يُشترط
 ٣٣٧ توبة الزانى بها إذا نكحها ...
 فوائد : الأولى ، توبة الزانية ، أن تُراود على
 ٣٣٩ الزنى فتمتنع ...
 الثانية ، لو وطئ بشبهة أو زنى ،
 لم يجوز فى العدة نكاح
 ٣٤٠ أختها ، ...
 الثالثة ، يجوز فى مدة استبراء العتيقة
 ٣٤٢ نكاح أربع سواها ...

- الرابعة ، لو وُطئت امرأة بشبهة ،
حرم نكاحها في العدة لغير
الواطئ ،... ٣٤٣
- فصل : وإذا وجد الشرطان حل نكاحها
للزاني وغيره ،... ٣٤٠
- فصل : فإن زنت امرأة رجل ، أو زنى
زوجها ، لم يفسخ النكاح ،... ٣٤١
- فصل : إذا علم الرجل من أمته الفجور ،... ٣٤٣
- ٣١٥٢ - مسألة : (و) تحرم (مطلقته ثلاثا حتى تنكح
زوجا غيره) ٣٤٤
- ٣١٥٣ - مسألة : (و) تحرم (المحرمة حتى تحل) ٣٤٤ ، ٣٤٥
- ٣١٥٤ - مسألة : (ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بجال) ٣٤٥
- ٣١٥٥ - مسألة : (ولا) يحل (لمسلم نكاح كافرة بجال ،
إلا حرائر أهل الكتاب) ٣٤٥ - ٣٥١
- فصل : وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم ،
أهل التوراة والإنجيل ،... ٣٤٨
- فصل : فأما المجوس ، فليس لهم كتاب ،
ولا تحل ذبائحهم ، ولا نكاح
نسائهم ... ٣٥٠
- ٣١٥٦ - مسألة : (فإن كان أحد أبويها غير كتابي ، أو
كانت من نساء بني تغلب ، فهل تحل)
له ؟ (على روايتين) ٣٥٢ - ٣٥٥
- تنبيهان : أحدهما ، محل الخلاف فيما إذا كان
أحد أبويها غير كتابي ،... ٣٥٣
- الثاني ، فعلى كلا الروايتين في أصل

- المسألة ، لو كان أبواها
غير كتابيين واختارت هي
دين أهل الكتاب ،... ٣٥٣
- فائدتان ؛ إحداهما ، لا ينكح مجوسى
كتابية ... ٣٥٣
- الثانية ، لو ملك كتابى مجوسية ،
فله وطؤها ... ٣٥٤
- فصل : فإن كانت من نساء بنى تغلب ،
ففيها أيضًا روايتان ؛... ٣٥٤
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، أن نساء
العرب ، من اليهود والنصارى ، غير
بنى تغلب ، يحل نكاحهن ... ٣٥٤
- فصل : وسائر الكفار غير أهل الكتاب ،
... فلا خلاف بين أهل العلم في
تحريم نسائهم وذبائحهم ؛... ٣٥٥
- ٣١٥٧ - مسألة : (وليس للمسلم وإن كان عبدًا نكاح أمة
كتابية ...) ٣٥٥ ، ٣٥٦
- ٣١٥٨ - مسألة : (ولا يحل لحر نكاح أمة مسلمة ، إلا أن
يخاف العنت ، ولا يجد طولًا لنكاح
حرة ،...) ٣٥٧ - ٣٦٣
- فصل : فإن قدر على شراء أمة تعفه ، فهو
كما لو وجد طول الحرية ، لا يحل
له نكاح الأمة ؛... ٣٥٩
- تنبيه : ذكر المصنف ،... من الشرطين ،
أن لا يجد ثمن أمة ... ٣٥٩

- فصل : ومن كانت تحته حرة يمكن أن يستعف بها ، لم يجوز له نكاح أمة ، ... ٣٦٠
- فائدة : قال الزركشى : فسر العنت القاضى أبو يعلى ، و ... ، بالزنى ... ٣٦٠
- فصل : ومن لم يجد طولاً ، لكن وجد من يقرضه ذلك ، ... ٣٦١
- تنبيه : عموم قوله : ولا يجد طولاً لنكاح حرة ... ٣٦١
- فصل : فإن كان فى يده مال فذكر أنه مُعسر ، وأن المال لغيره ، ... ٣٦٢
- فوائد : الأولى ، وجود الطول ؛ ... ٣٦٢
- الثانية ، قال المصنف ، ... : وذلك بشرط أن لا يحجف بماله ، فإن أجحف بماله ، ... ٣٦٣
- الثالثة ، لو وجد حرة لا توطأ لصغرها ، أو كانت زوجته غائبة ، ... ٣٦٣
- الرابعة ، قال فى ... : نكاح من بعضها حر أولى من نكاح الأمة ؛ ... ٣٦٤
- ٣١٥٩ - مسألة : (وإن تزوجها وفيه الشرطان ، ثم أيسر ، أو نكح حرة ، ...) ٣٦٦ - ٣٦٤
- فصل : فإن تزوج على الأمة حرة ، صح ... ٣٦٥
- تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، ... ، أنه لو زال

- خوف العنت ، لا يطل نكاح
الأمة ... ٣٦٦
- ٣١٦٠ - مسألة : (وإن تزوج حرة أو أمة فلم تعفه ، ولم
يجد طولاً لحرة أخرى ، ...) ٣٦٩ - ٣٦٦
- ٣١٦١ - مسألة : (قال الحرقى : وله أن يتزوج من الإماء
أربعاً ، إذا كان الشرطان فيه قائمين) ٣٦٩
فائدتان ؛ إحداهما ، إذا قلنا : له نكاح أربع.
جاز له أن ينكحهن
دفعه واحدة ، ... ٣٦٩
- الثانية ، قوله : وللعبد نكاح
الأمة ... ٣٧٠
- ٣١٦٢ - مسألة : (وللعبد نكاح الأمة) ٣٧٠
- ٣١٦٣ - مسألة : (وهل له أن ينكحها على حرة ؟ على
روايتين) ٣٧٠ ، ٣٧١
- ٣١٦٤ - مسألة : (وإن جمع بينهما في العقد ، جاز) ٣٧١ ، ٣٧٢
- تنبيه : تقدم قول المصنف : لو تزوج الحر
أمة على حرة بشرطه ، هل يجوز أم
لا ؟ ... ٣٧٢
- فائدة : الحر الكتاني كالمسلم في نكاح
الأمة ... ٣٧٢
- ٣١٦٥ - مسألة : (وليس للعبد نكاح سيده) ٣٧٣
- ٣١٦٦ - مسألة : (وليس للحر أن يتزوج أمة) ٣٧٣
- ٣١٦٧ - مسألة : (ولا) يجوز للحر أن يتزوج (أمة ابنه) ٣٧٣ - ٣٧٥
- تنبيه : قال ابن رجب : لا يجوز للأب الحر
نكاح أمة ولده ... ٣٧٤

٣١٦٨ - مسألة : (ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه) ٣٧٥ ، ٣٧٦

فصل : وللابن نكاح أمة أبيه ، ... ٣٧٦

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره ، جواز

تزوج الابن بأمة والده ... ٣٧٦

فائدة : لا يجوز للمرأة نكاح عبد ولدها ... ٣٧٧

تنبيه : مفهوم قوله : ولا للحر أن يتزوج أمة

ابنه ... ٣٧٧

٣١٦٩ - مسألة : (وإن اشترى الحر زوجته) ٣٧٧ - ٣٧٩

فصل : وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه

فانفسخ نكاحها ، فليس ذلك

طلاقاً ، ... ٣٧٨

فائدتان ؛ إحداهما ، كذا الحكم لو اشتراها ،

أو بعضها ، مكاتبة ... ٣٧٨

الثانية ، حكم شراء الزوجة ، أو

ولدها ، أو مكاتبها ،

للزواج ، ... ٣٧٨

فصل : ولو ملك الرجل بعض زوجته ،

انفسخ نكاحها ، وحرّم

وطؤها ، ... ٣٧٩

٣١٧٠ - مسألة : (ومن جمع بين محللة ومحرمة في عقد

واحد ، فهل يصح في من تحل ؟ على

روايتين) ٣٧٩ - ٣٨١

فصل : ولو تزوج يهودية ومجوسية ، أو

محللة ومحرمة ، في عقد واحد ، ... ٣٨١

فائدة : لو تزوج أما وبنّاتاً في عقد واحد ،

٣٨١

ففيه وجهان ؛ ...

٣١٧١ - مسألة : (و) كل (من حرم نكاحها حرم وطؤها

٣٨٤ - ٣٨٢

بملك اليمين ، إلا إماء أهل الكتاب)

فصل : قال الشيخ ، رحمه الله : (ولا يحل

نكاح خنثى مشكل حتى يتبين

٣٨٥

أمره ...)

٣١٧٢ - مسألة : (فإن تزوج امرأة ثم قال : أنا امرأة .

٣٨٧

انفسخ نكاحه)

فوائد ؛ الأولى ، على قول الخرقى : لو لم

يكن متزوجاً ، ورجع عن

قوله الأول ، بأن قال : أنا

رجل . ثم قال : أنا امرأة .

٣٨٨

أو عكسه ...

الثانية ، قال ابن عقيل فى ... : لا

يجوز الوطء فى الفرج

٣٨٨

الزائد ...

الثالثة ، قال الشيخ تقى الدين ،

... : لا يحرم فى الجنة زيادة

العدد ، ولا الجمع بين

٣٨٨

المحارم ، ...

٣١٧٣ - مسألة : (وإن تزوج رجلاً ثم قال : أنا رجل .

٣٨٨

لم يقبل قوله فى فسخ نكاحه)

باب الشروط فى النكاح

فائدتان ؛ إحداهما ، الشروط المعتبرة فى

- النكاح ، في هذا الباب
محل ذكرها صلب
العقد ... ٣٨٩
- الثانية ، لو وقع الشرط بعد العقد
ولزومه ٣٨٩
- (وهى قسمان ؛ صحيح) وفاسد ، ... ٣٩٠
- ٣١٧٤ - مسألة : (فإن شرط أن لا يخرجها من دارها أو
بلدها ، أو لا يتزوج عليها ، أو لا
يتسرى ، ...) ٣٩٠ - ٣٩٤
- فوائد ؛ إحداها ، اختار الشيخ تقى
الدين ، ...، صحة شرط
أن لا يتزوج عليها ، ... ٣٩١
- الثانية ، ظاهر كلام الإمام أحمد ،
...، صحة دفع كل واحد
من الزوجين إلى الآخر
مألاً على أن لا يتزوج ، ... ٣٩١
- الثالثة ، قال الشيخ تقى الدين ، ...:
لو خدعها فساfer بها ، ثم
كرهته ، لم يكن له أن
يكرهها بعد ذلك ... ٣٩٣
- ٣١٧٥ - مسألة : (وإن شرط لها طلاق ضرعتها ، ...) ٣٩٥ - ٣٩٧
- فوائد تتعلق بما يصح من الشروط فى النكاح
وما لا يصح . ٣٩٦ - ٣٩٨
- ٣١٧٦ - مسألة : قال ، رحمه الله : (القسم الثانى ،
فاسد ، وهو ثلاثة أنواع ؛ أحدها ، ما

- يُطل النكاح ، وهو ثلاثة أشياء ؛
 ٤٠٧-٣٩٨ (أحدها ، نكاح الشغار ، ...)
 ٤٠١ فصل : فإن سُمِّيَ مع ذلك مهرًا ، ...
 فصل : ومتى قلنا بصحة العقد إذا سُمِّيَ
 ٤٠٣ صداقًا ، ففيه وجهان ؛ ...
 تنبيه : مراده بقوله : فإن سُمِّوا مهرًا ،
 صح . أن يكون المهر مستقلًا غير
 ٤٠٣ قليل ، ولا حيلة ...
 فصل : فإن سُمِّيَ لإحداهما مهرًا دون
 ٤٠٤ الأخرى ، ...
 فصل : فإن قال : زوجتك جاريتي هذه
 على أن تزوجني ابنتك ، وتكون
 ٤٠٤ رقبته صداقًا لابنتك ...
 فائدة : لو جعلنا بضع كل واحدة ودراهم
 معلومة صداق الأخرى ، لم
 ٤٠٤ يصح ...
 (الثاني ، نكاح المحلل ، وهو أن يتزوجها
 ٤٠٥ على أنه إذا أحلها طلقها)
 ٣١٧٧ - مسألة : (فإن نوى ذلك من غير شرط ، لم يصح
 أيضًا ، ...)
 ٤١٩-٤٠٧ فصل : فإن شُرِّط عليه أن يحلها قبل العقد ،
 فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه ،
 ٤١٠ وقصد نكاح رغبة ، ...
 تنبيه : ظاهر كلام المصنف ، ... ، أن المرأة
 ٤١١ إذا نوت ذلك لا يؤثر في العقد ...

فصل : وإن اشترى عبداً فزوجها إياه ، ثم

وهبها العبد أو بعضه لينفسخ النكاح

٤١٢ بملكها ، لم يصح ...

فائدة : لو اشترى عبداً وزوجه بمطلقة

ثلاثاً ، ثم وهبها العبد أو بعضه ؛

٤١٢ لينفسخ نكاحها ، لم يصح ...

فصل : ونكاح المحلل فاسد ، تثبت فيه

٤١٣ أحكام العقود الفاسدة ، ...

(الثالث ، نكاح المتعة ، وهو أن يتزوجها

٤١٤ إلى مدة)

فائدة : لو نوى بقلبه ، فهو كما لو شرطه ... ٤١٦

فصل : فإن تزوجها بغير شرط ، إلا أن في

نيته طلاقها بعد شهر ، أو إذا

٤١٩ انقضت حاجته ، ...

٣١٧٨ - مسألة : وكذلك إن شرط أن يطلقها في وقت

٤٢٠ ، ٤١٩ بعينه ، فلا يصح النكاح ، ...

٣١٧٩ - مسألة : (وإن علق ابتداءه على شرط ، فهذا

٤٢١ ، ٤٢٠ كله باطل من أصله)

(النوع الثاني ، أن يشترط أنه لا مهر لها

ولا نفقة ، أو يقسم لها أكثر من امرأته

٤٢١ الأخرى أو أقل ، ...)

(الثالث أن يشترط الخيار ، أو إن جاءها

٤٢٤ بالمهر في وقت ، وإلا فلا نكاح بينهما ، ...)

فصل : فإن شرط الخيار في الصداق خاصة ،

٤٢٦ لم يفسد النكاح ؛ ...

- فائدة : لو شرط الخيار في الصداق ،... ٤٢٦
- فصل : قال الشيخ ،... : (فإن تزوجها على أنها مسلمة ، فبانت كتابية ،
- ٤٢٧ (فله الخيار)
- ٣١٨٠ - مسألة : (فإن شرطها كتابية فبانت مسلمة ، فلا خيار له) ٤٢٧ - ٤٢٨
- فصل : (وإن شرطها أمة فبانت حرة)
- ٤٢٨ ... (فلا خيار له)
- فائدة : وكذا الحكم لو تزوجها يظنها مسلمة ، ولم تعرف بتقدم كفر ،
- ٤٢٨ فبانت كافرة ...
- فائدة : وكذا الحكم في كل صفة شرطها ،
- ٤٢٨ فبانت أعلى منها ،...
- ٣١٨١ - مسألة : (وإن شرطها بكراً) فبانت ثيباً ،... ٤٢٩ - ٤٣١
- فصل : إذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانت كافرة ، فله الخيار ... ٤٣٠
- فائدة : إذا شرطها بكراً ، وقلنا : ليس له خيار ... ٤٣٠
- ٣١٨٢ - مسألة : (وإن تزوج أمة يظنها حرة) ... (فأصابها ، وولدت منه ، فالولد حر ، و... ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء ، وإن كان ممن يجوز له) ... (فله الخيار ، ...) الكلام في هذه المسألة في فصول . ٤٣١ - ٤٤٤
- أحدها ، أن النكاح لا يفسد بالغرور ... ٤٣٢
- الفصل الثاني : أن أولاده منها أحرار ، بغير خلاف نعلمه ؛... ٤٣٣
- الفصل الثالث : أن على الزوج فداء أولاده... ٤٣٤
- الفصل الرابع : أنه يرجع بما غرمه على من

- غُرَّة ، من المهر وقيمة
 ٤٣٩ الأولاد ...
 الفصل الخامس : أنه إن كان الزوج ممن
 يحرم عليه نكاح الإماء ،
 ٤٤١ فإنه يفرَّق بينهما ؛ ...
 فائدة : لو أُبيح للحر نكاح أمة ، فنكحها ،
 ولم يشترط حرية أولاده ، فهم أرقاء
 ٤٣٣ لسيدها ...
 فائدتان ؛ إحداهما ، لا يضمن منهم إلا من
 وُلد حيًّا في وقت يعيش
 ٤٣٧ لمثله ، ...
 الثانية ، ولد المكاتب مكاتب ،
 ٤٣٧ ويغرم أبوه قيمته ، ...
 فصل في المهر : ولا يخلو أن يكون ممن يجوز
 ٤٣٨ له نكاح الإماء أو لا ؛ ...
 تنبيه : قوله : فبانت أمة . يعنى ، بالبينة
 ٤٣٨ لا غير ...
 فصل : والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة
 ٤٤٢ بصفة ، كالأمة القنن ؛ ...
 فصل : ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ،
 ٤٤٣ ويثبت بالبينة ...
 فصل : فإن حملت المغرور بها ، فضربها
 ضارب فألقت جنينًا ميتًا ، فعلى
 ٤٤٣ الضارب غرة ؛ ...
 فصل : ويثبت له الخيار إذا ظنها حرة فبانت

- أمة ،... ٤٤٤
- ٣١٨٣ - مسألة : (وإن كان المغرور عبداً ، فولده أحرار ،
 ويفديهم إذا عتق ، ويرجع به على من
 غره) ٤٤٤ - ٤٤٨
- فائدة : لمستحق الفداء مطالبة الغار
 ابتداءً ... ٤٤٧
- تنبيهان ؛ الأول ، سكوت المصنف عن ذكر
 المهر يدل على أنه لا يرجع
 به ... ٤٤٨
- الثاني ، قوله : ويرجع بذلك على
 من غره ... ٤٤٨
- ٣١٨٤ - مسألة : (وإن تزوجت المرأة (عبداً على أنه
 حر ، أو تظنه حراً ، فبان عبداً ، فلها
 الخيار) ٤٤٩ - ٥٠١
- فائدة : قوله : وإن تزوجت رجلاً على أنه
 حر ، أو تظنه حراً ، فبان عبداً ،
 فلها الخيار ... ٤٤٩
- فصل : فإن غرها بنسب فبان دونه ، وكان
 ذلك مخلاً بالكفاءة ، وقلنا بصحة
 النكاح ،... ٤٥١
- فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه : (وإن
 عتقت الأمة وزوجها حر ، فلا
 خيار لها في ظاهر المذهب) ٤٥١
- فائدة : لو عتق العبد وتحتة أمة ، فلا خيار
 له ... ٤٥٣

- ٣١٨٥ - مسألة : (وإن كان عبداً فلها الخيار في فسخ
النكاح) ٤٥٤ ، ٤٥٥
- ٣١٨٦ - مسألة : (ولها الفسخ) بنفسها (من غير حكم
حاكم) ٤٥٥ - ٤٥٧
- فصل : فإن اختارت المعتقة الفراق ، كان
فسخاً ليس بطلاق ... ٤٥٦
- ٣١٨٧ - مسألة : (فإن أُعتِق قبل فسخها ، أو أمكنته من
وطئها ، بطل خيارها) ٤٥٧ - ٤٦٠
- تنبيه : قوله : فإن ادعت الجهل بالعتق ،
وهو مما يجوز جهله ... ٤٥٩
- فوائد تتعلق بحكم مباشرة الزوج لزوجته
الأمة بعد عتقها وكذا تقييلها ،
هل يدل على رضاها بعدم فسخ العقد؟
وهل يجوز للزوج الإقدام على الوطء إذا
كانت غير عالة ؟ ولو بذل الزوج لها
عوضاً على أنها تختاره ، أو شرط
المُعتق عليها دوام النكاح تحت حرٍّ
أو عبد إذا أعتقها فرضيت فهل يلزمها
ذلك ؟ ٤٦٠ ، ٤٦١
- ٣١٨٨ - مسألة : (وخيار المعتقة على التراخي ، ما لم يوجد
منها ما يدل على الرضا) ٤٦١ ، ٤٦٢
- ٣١٨٩ - مسألة : (فإن كانت صغيرة أو مجنونة ، فلها الخيار
إذا بلغت وعقلت) ٤٦٢ ، ٤٦٣
- تنبيه : ظاهر قوله : فإن كانت صغيرة ، أو
مجنونة ، فلها الخيار إذا بلغت

- وعقلت . أنه ليس لها خيار قبل البلوغ ... ٤٦٢
- ٣١٩٠ - مسألة : (فإن طَلقت قبل اختيارها ، وقع الطلاق) ٤٦٥ ، ٤٦٤
- ٣١٩١ - مسألة : (وإن عتقت) الأمة (الرجعية ، فلها الخيار) ٤٦٦ ، ٤٦٥
- ٣١٩٢ - مسألة : (فإن اختارت المُقام ، فهل يطل خيارها ؟ على وجهين) ٤٦٧ ، ٤٦٦
- ٣١٩٣ - مسألة : (ومتى اختارت المعتقة) الفسخ (بعد الدخول ، فالمهر للسيد) ٤٦٨ ، ٤٦٧
- ٣١٩٤ - مسألة : وإن اختارت الفسخ قبل الدخول ، فلا مهر لها ... ٤٦٩ ، ٤٦٨
- فصل : ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل ، فهو للسيد أيضًا ؛ ... ٤٦٨
- ٣١٩٥ - مسألة : (وإن أعتق أحد الشريكين وهو معسر ، فلا خيار لها ...) ٤٦٩ - ٤٧٣
- فصل : ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدائق عشرين ، ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ، ثم مات ، ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه، ... ٤٧٠
- فائدة : لو عتقت الأمة وزوجها بعضه حر معتق ، ... ٤٧١
- فصل : وإن عتق زوج الأمة ، لم يثبت لها خيار ؛ ... ٤٧٢
- فصل : إذا عتقت الأمة فقالت لزوجها :

- ٤٧٢ زدنى في مهرى . ففعل ، ...
- ٣١٩٦ - مسألة : (وإن عتق الزوجان معا ، فلا خيار لها ...) ٤٧٣ - ٤٧٧
- فصل : ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان ، فأراد عتقهما ، البداية بالرجل ؟ ... ٤٧٦

باب حكم العيوب في النكاح

- (العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام ؛ أحدها ، ما يختص بالرجال ، وهو شيان ؛ أحدهما ، أن يكون الرجل مجبواً قد قطع ذكره ولم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به) ٤٧٩
- فصل : فإن اختلفا في وجود العيب ... ٤٨١
- ٣١٩٧ - مسألة : (فإن اختلفا في إمكان الجماع) ٤٨٢ - ٤٨٥
- (الثانى ، أن يكون عتيماً) ٤٨٣
- ٣١٩٨ - مسألة : فإن ادعت ذلك ، أجل سنة منذ ترافعه ... ٤٨٥
- ٣١٩٩ - مسألة : (فإن اعترف بذلك) ٤٨٥ - ٤٨٨
- تنبيه : مفهوم قوله : فإن اعترف بذلك ، أجل ... ٤٨٧
- فائدتان ؛ إحداهما ، المراد بالسنة هنا ، السنة الهلالية ، ... ٤٨٨
- الثانية ، لو اعترفت المرأة الرجل ، لم تحسب عليه من المدة ، ... ٤٨٨

- ٣٢٠٠ - مسألة : (فإن اعترفت أنه وطئها مرة ، بطل كونه عتيًا)
 ٤٨٩ - ٤٩١
 فصل : وإن علمت أن عجزه عن الوطء لعارض ؛ من صغر ، أو مرض مرجو الزوال ، ...
 ٤٨٩ تنبيه : شمل قوله : فإن اعترفت أنه وطئها مرة ، بطل كونه عتيًا ...
 ٤٨٩ فصل : والوطء الذي يخرج به من العنة ، ...
 ٤٩٠ فائدتان ؛ إحداهما ، يكفى في زوال العنة تغييب الحشفة ...
 ٤٩٠ الثانية ، لو وطئها في الردة ، لم تنزل به العنة ...
 ٤٩١ ٣٢٠١ - مسألة : (وإن وطئها في الدبر ، أو وطئ غيرها ، لم تنزل العنة ...)
 ٤٩١ - ٤٩٣
 فصل : فإن وطئ امرأة ، لم يخرج به من العنة في حق غيرها ...
 ٤٩٢ ٣٢٠٢ - مسألة : (وإن ادعى أنه وطئها ، وقالت : إنها عذراء . فشهدت بذلك امرأة ثقة ، فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله)
 ٤٩٤ ، ٤٩٥
 فصل : وإن لم يشهد لها أحد ، فالقول قوله ؛ ...
 ٤٩٥ فائدة : لو تزوج بكراً ، فادعت أنه عنين ، فكذبها ، وادعى أنه أصابها ، وظهرت ثيباً ، فادعت أن ثيوبتها بسبب آخر ، ...
 ٤٩٥

- ٣٢٠٣ - مسألة : (وإن كانت ثيبًا ، فالقول قوله) ٤٩٦ - ٥٠٠
- تنبيه : اعلم أن المجد ،...، خص الرواية الثانية بما إذا ادعى الوطاء بعد ما
- ٤٩٩ ثبتت عنته وأجل ؛ ...
- فائدة : لو ادعت زوجة مجنون عنته ،
- ٤٩٩ ضربت له مدة ، ...
- فصل : (القسم الثاني ، يختص النساء ، وهو شيخان ؛ الرقيق ، ... الثاني ،
- ٥٠٠ الفتق ، ...)
- فصل : قال الشيخ ،... : (القسم الثالث ، مشترك بينهما ، وهو الجذام والبرص
- ٥٠٢ والجنون ، ...)
- فصل : (واختلف أصحابنا في البخر ، وهو تنن الفم ...)
- ٥٠٣ تنبيهات ؛ أحدها ، قوله في البخر : وهو تنن
- ٥٠٧ الفم ...
- الثاني ، ظاهر قوله : وفي كونه
- ٥٠٨ خنثى ...
- الثالث ، كثير من الأصحاب حكوا الخلاف في ذلك
- ٥٠٩ كله وجهين ...
- الرابع ، ظاهر كلام المصنف ، أن ما عدا ما ذكره لا يثبت
- ٥٠٩ به خيار ...
- الخامس ، مفهوم قوله : وإذا

- وجد أحدهما بصاحبه
 عيبا به مثله ... ٥١٠
 فصل : وأما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً ،
 وبه عيب من غير جنسه ، ... ،
 فلكل واحد منهما الخيار ؛ ... ٥١٠
 فصل : وإن حدث العيب بعد العقد ، ففيه
 وجهان ؛ ... ٥١١
 ٣٢٠٤ - مسألة : (وإن علم بالعيب وقت العقد ، أو قال :
 قد رضيت به معيياً)
 ٥١٣ - ٥١١
 فصل : وخيار العيب ثابت على التراخي ،
 لا يسقط ، ما لم يوجد منه ما يدل
 على الرضا به ، ... ، ٥١٢
 فائدة : خيار العيوب على التراخي ... ٥١٢
 ٣٢٠٥ - مسألة : (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم)
 ٥١٤
 فائدة : لو فسخ ، مع غيبته ، ... ، ٥١٤
 ٣٢٠٦ - مسألة : (فإن فُسخ قبل الدخول ، فلا مهر ، وإن
 فُسخ بعده ، ...)
 ٥١٧ - ٥١٥
 فصل : وإن كان الفسخ بعد الدخول ، فلها
 المهر ؛ ... ٥١٦
 ٣٢٠٧ - مسألة : (ويرجع به على من غره ، من المرأة
 والولى . وعنه ، لا يرجع)
 ٥٢٢ - ٥١٧
 فائدة : الخلوة هنا ، كالخلوة في النكاح
 الذى لا خيار فيه . ٥١٧
 فائدة : قوله : ويرجع بذلك على من غره من
 المرأة والولى ... ٥١٩

فصل : فإن طلقها قبل الدخول ، ثم علم أنه

كان بها عيب ، ... ، ٥٢٠

فصل : ولا سكنى لها ولا نفقة ؛ ... ، ٥٢١

فائدتان ؛ إحداهما ، لو وُجد التغرير من

المرأة والولى ، ... ، ٥٢١

الثانية ، مثلها في الرجوع على

الغار ، لو زُوج امرأة

فأدخلوا عليه غيرها ، ... ، ٥٢١

فصل : قال الشيخ ، رضى الله عنه :

(وليس لولى صغيرة ، ولا مجنونة ،

ولا سيد أمة ، تزويجها معيا) ٥٢٢

٣٢٠٨ - مسألة : (وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها) ٥٢٢ ، ٥٢٣

٣٢٠٩ - مسألة : (فإن اختارت الكبيرة تزويج محبوب أو

عين ، لم يملك منعها) ٥٢٣ - ٥٢٥

٣٢١٠ - مسألة : (فأما إن علمت العيب بعد العقد ، أو

حدث به ، لم يملك إجبارها على الفسخ) ٥٢٥ ، ٥٢٦

فائدتان ؛ إحداهما ، الذى يملك منعها ولها

العاقدة للنكاح ... ٥٢٥

الثانية ، قوله : وإن علمت العيب

بعد العقد ، أو حدث به ،

لم يملك إجبارها على

الفسخ ... ٥٢٥

آخر الجزء العشرين ،

ويليه الجزء الحادى والعشرون وأوله :

باب نكاح الكفار

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٦٤٦/١٩٩٦ م
I.S.B.N : 977 - 256 - 128 - X